

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 209

Körperschaften und Zwangsmitgliedschaft

Die staatsorganisations- und grundrechtliche Problematik der Zwangsverbände
aufgezeigt am Beispiel von Arbeitnehmerkammern

Von

Dr. Dieter Mronz



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

1972

DIETER MRONZ

Körperschaften und Zwangsmitgliedschaft

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 209

Körperschaften und Zwangsmitgliedschaft

Die staatsorganisations- und grundrechtliche Problematik der Zwangsverbände
aufgezeigt am Beispiel von Arbeitnehmerkammern

Von

Dr. Dieter Mronz



D U N C K E R & H U M B L O T / B E R L I N



Alle Rechte vorbehalten
© 1973 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1973 bei Buchdruckerei Feese & Schulz, Berlin 41
Printed in Germany
ISBN 3 428 02867 8

Meiner Frau



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548612_0002

Vorwort

Der Mensch lebt als soziales Wesen von und in der Gemeinschaft. Während gesellige und ideelle Vereinigungen in unserer Zeit rückläufige Mitgliederzahlen beklagen, erfreuen sich vor allem berufliche und wirtschaftliche Interessenzusammenschlüsse anhaltender Beliebtheit. Denn heute ist es weniger der Bürger selbst, der seine Interessen publiziert. Das besorgen vielmehr mächtige und lautstarke Verbände, indem sie durch Auseinandersetzung mit anderen Interessengruppen und selbst mit dem Staat die Anonymität des einzelnen in der modernen Massengesellschaft überbrücken. Pluralismus und Gruppenegoismus stehen in voller Blüte.

Parallel zu gesellschaftlichen Vereinigungen organisiert und diszipliniert der Staat seine Bürger in vielfältigen Körperschaften des öffentlichen Rechts. Seit langem bestehen zu Zwecken von Standesaufsicht und Standesvertretung geschaffene Kammern für gewerbliche und freie Berufe, z. B. Ärzte-, Industrie- und Handels-, Landwirtschafts- und Rechtsanwaltskammern, um nur einige zu nennen. Neben diesen und anderen Zwangsorganisationen, etwa Sozialversicherungsträgern, findet sich eine bunte Palette öffentlich-rechtlicher Körperschaften, die auf freiwilliger Mitgliedschaft beruhen: Gebilde wie Religionsgemeinschaften und Handwerksinnungen, etliche Genossenschaften und das Bayerische Rote Kreuz verkörpern einzelne Beispiele für den üppigen Bestand. Die Bandbreite des deutschen Körperschaftswesens wird ferner dadurch unterstrichen, daß öffentlich-rechtliche Korporationen nicht nur auf der Zusammenfassung natürlicher Personen gründen. Ausschließlich juristische Personen formieren die Basis etwa der Berufsschulverbände, der Kommunalen Spitzenverbände in Bayern sowie des Bundesverbandes für den Selbstschutz.

Die angesichts jener Vielfalt aufbrechenden Fragen um Strukturen und Modalitäten, um Zulässigkeit und Grenzen der Bildung von Körperschaften des öffentlichen Rechts führen zum Schnittpunkt der kontroversen Beziehungen zwischen Staat und Gesellschaft: dort präsentiert sich das Phänomen jenes wehevollen und klärungsbedürftigen öffentlich-rechtlichen Körperschaftsstatus; dort ist die Rede von Selbstverwaltung als dem gesellschaftlichen Pendant zur mittelbaren Staatsverwaltung; dort kollidieren grundgesetzlich garantierte Vereinigungsfreiheit und staatlich verfügte Zwangsmitgliedschaft; dort stehen

„öffentliche“ und „staatliche Aufgaben“ zur Erledigung wie Klärung an; dort findet sich endlich die beispielgebende und aktuelle Problematik zusätzlicher Kammern für Arbeiter und Angestellte. Offenbart ihre Gründung nicht die suspekten staatliche Tendenz zum lückenlosen ständischen System öffentlich-rechtlicher Zwangskorporationen? Entlarvt die Errichtung von Arbeitnehmerkammern — wie häufig vermutet — nicht das Streben nach Schwächung gewerkschaftlicher Positionen?

Den angedeuteten Problemen nachzugehen, dabei Befund und Lehren zu „Körperschaften und Zwangsmitgliedschaft“ kritisch zu skizzieren sowie die Spezies „Arbeitnehmerkammern“ als Modellfall eingehend zu beleuchten, ist das Ziel der vorliegenden Abhandlung. Sie wurde von der Juristischen Fakultät der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg im Sommersemester 1972 als Dissertation angenommen und mit dem Fakultätspreis des Dekanatsjahres 1971/72 ausgezeichnet. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Schrifttum sind bis zum Frühjahr 1972 berücksichtigt.

Großen Dank schulde ich meinem verehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. K. Obermayer. Er nahm mich in entgegenkommender Weise als Doktorand auf und hat die hier vorgelegte Arbeit mit vielfältigem kritischen Rat und stets hilfsbereiter Unterstützung ermöglicht und in hohem Maße gefördert. Zu Dank verpflichtet bin ich ferner Herrn Universitätsdozent Dr. U. Steiner, dessen freundliche Bereitschaft zur fachlichen Diskussion mir wiederholt Anlaß gab, gewonnene Ergebnisse zu vertiefen und abzusichern. Danken darf ich auch Herrn Professor Dr. A. Voigt, dem Korreferenten der Arbeit, für eine Reihe wertvoller Hinweise. Außerdem gebührt Dank Herrn Ministerialrat a. D. Dr. J. Broermann für die großzügige Übernahme der Abhandlung in das Programm seines Verlages. Schließlich sei auch an dieser Stelle meiner Mutter, Frau Elisabeth Mronz, geb. Püttner, tiefer Dank bekundet für ihre aufopferungsvolle Güte, die mir in materieller und ideeller Hinsicht den Weg zum Hochschulstudium geebnet hat.

Dieses Buch erwuchs weitgehend neben meiner Beschäftigung als Rechtsreferendar im Bezirk des Oberlandesgerichts Nürnberg, zum Teil auch anläßlich eines unbezahlten Sonderurlaubs. Ich widme es meiner Frau. Sie hat während seines Entstehens in bewundernswerter Art auf manche Annehmlichkeiten verzichtet und wesentlich zum Gelingen der Arbeit beigetragen.

Erlangen, am 1. November 1972

Dieter Mronz

Inhaltsverzeichnis

Erstes Kapitel

Entwicklung, Wesen und Problematik der Arbeitnehmerkammern als Zwangskörperschaften des öffentlichen Rechts	23
Überblick	23
§ 1 <i>Die Entwicklung von Arbeitnehmerkammern</i>	23
A. Entwicklung in Deutschland	23
I. Die Zeit bis zum Ersten Weltkrieg	23
II. Die Zeit von 1919 bis heute	29
1. Entwicklung auf Reichsebene	29
2. Entwicklung auf Länderebene	30
a) Bremen	31
b) Saarland	32
B. Entwicklung im Ausland	33
I. Österreich	33
II. Luxemburg	34
III. Sonstige Länder	35
§ 2 <i>Das Wesen der Arbeitnehmerkammern</i>	35
A. Rechtsgrundlagen	35
I. in Bremen	35
II. im Saarland	36
B. Organisation	36
I. der bremischen Kammern	36
II. der saarländischen Kammer	37
C. Tätigkeit der Arbeitnehmerkammern	38
I. Außenbereich	39
II. Innenbereich	39
§ 3 <i>Arbeitnehmerkammern als Körperschaften des öffentlichen Rechts</i>	40
A. Der Begriff „Körperschaft des öffentlichen Rechts“	40
I. Eingrenzung	40
II. Mindestanforderungen des Begriffs „Körperschaft des öffentlichen Rechts“	41
1. Mitgliedschaftliche Struktur	42

2. Entstehung durch Staatshoheitsakt	42
a) Entstehungsphasen	42
b) Staatshoheitsakt	44
3. Aufgabenstellung der Körperschaft	45
III. Sekundärmerkmale des Körperschaftsbegriffs	48
IV. Definition	49
B. Rechtsbegriff und Organisationsform der „Kammer“	50
I. Entwicklung	50
II. Arbeitnehmerkammern als öffentlich-rechtliche Berufsverbände	50
III. Mitglieds- und Repräsentativkörperschaften	51
§ 4 <i>Zwangsbefugnisse der Körperschaften des öffentlichen Rechts</i>	53
A. Untersuchungsschwerpunkt „Pflichtzugehörigkeit“ bzw. „Zwangsmitgliedschaft“	53
B. Überblick zur weiteren Abhandlung	55

Zweites Kapitel

Überprüfung der Zwangsmitgliedschaft bei Körperschaften des öffentlichen Rechts nach herrschender Lehre und ständiger Rechtsprechung. Darstellung und Kritik	57
Überblick	57
§ 5 <i>Zwangsmitgliedschaft und Art. 9 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 GG</i>	57
A. Unanwendbarkeit des Art. 9 Abs. 1 GG gegenüber öffentlich-rechtlichen Gebilden	57
B. Anwendung des Art. 2 Abs. 1 GG	60
I. Zwingende Relation zwischen „freier Persönlichkeitsentfaltung“ und „verfassungsmäßiger Ordnung“	60
II. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	62
1. Auslegung des Art. 2 Abs. 1 GG	62
2. Anwendung des Art. 2 Abs. 1 GG auf Zwangsmitgliedschaften	64
§ 6 <i>Verwendbarkeit des Terminus „legitime öffentliche Aufgabe“ für die Grundrechtsdogmatik?</i>	66
Überblick	66
A. Die „öffentliche Aufgabe“	67
I. Inhaltliche Ausdeutungen des Terminus „öffentliche Aufgabe“	67
1. Identität mit „staatlicher Aufgabe“	67
2. Trennung von „staatlichen Aufgaben“	69
3. Oberbegriff für nicht individuell-private Agenden	71
II. Das Adjektiv „öffentlich“	72
1. Allgemeiner Sprachgebrauch	72
2. Rechtliche Verwendung	72
a) Entwicklung	73

b) Gegenwärtiges Verständnis	73
c) Folgerungen	74
III. Öffentlich als Rechtsbegriff	75
1. Rechtssatzbegriff und rechtswissenschaftlicher Begriff „öffentlich“	75
a) Unterscheidung	75
b) Fragestellung	75
2. Der „öffentliche“ Bereich	76
a) Staat und Gesellschaft	76
b) „Das Öffentliche“ und „die Öffentlichkeit“	80
3. „Öffentlich“ als Rechtsinhaltsbegriff?	81
a) Materiell-werthafte Verständnis des Öffentlichen	81
b) Soziologisch-faktisches Verständnis des Öffentlichen	84
c) Bloße Faktizität des Bereiches zwischen Staat und Individuum	85
d) Notwendige Differenzierung zwischen „öffentlich“ und „staatlich“	87
e) Ergebnis	89
IV. Rechtliche Relevanz des Terminus „öffentliche Aufgabe“?	90
1. Notwendige Differenzierung zwischen „öffentlichen“ und „staatlichen“ Aufgaben	90
2. „Öffentliche Aufgabe“ als soziologisch-faktischer Arbeitsbegriff	91
B. Die „legitime“ öffentliche Aufgabe	92
I. Verwendung in der Rechtsprechung und potentielle Ausdeutungen	92
II. Inhalt und rechtliche Relevanz des Adjektivs „legitim“	93
III. Untauglichkeit des Terminus „legitime öffentliche Aufgabe“ für die Grundrechtsdogmatik	94
§ 7 Ergebnis	96
A. Untauglichkeit des Art. 2 Abs. 1 GG zur Abgrenzung zulässiger von unzulässigen Zwangsmitgliedschaften	96
I. Angesichts der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	96
II. Angesichts der „Persönlichkeitskerntheorie“	98
III. Zusammenfassung zu Art. 2 Abs. 1 GG	99
B. Folgerungen für die verfassungsrechtliche Beleuchtung von Zwangsmitgliedschaften	101

Drittes Kapitel

Rechtsdogmatische Analyse der Körperschaften des öffentlichen Rechts unter organisatorischen und funktionellen Gesichtspunkten

103

Überblick	103
-----------------	-----

§ 8 Systematische Zusammenstellung von Körperschaften des öffentlichen Rechts	103
---	-----

A. Allgemeine Übersicht	103
-------------------------------	-----

B. Die Personalkörperschaften	104
I. Berufsverbände	104
II. Sozialversicherungsträger	106
III. Sonderverbände	106
IV. Sonstige Personalkörperschaften	107
C. Notwendigkeit rechtsdogmatischer Differenzierung	107
§ 9 Kriterien zur rechtsdogmatischen Analyse der Körperschaften des öffentlichen Rechts	108
A. Die Mindestanforderungen des Körperschaftsbegriffs?	108
I. Öffentlich-rechtlicher Status und Sozialsubstrat	108
II. Potentielle Zuordnungsbereiche für das Sozialsubstrat der Körperschaften	109
III. Herkunft und Einmündung des Sozialsubstrates	110
B. Materiell-funktionelle Qualifizierung des Körperschaftssubstrates ..	111
I. Rechtsdogmatisch untaugliche Kriterien	111
II. Verfügung über Hoheitsgewalt	112
III. Irrelevanz der Handlungsform	113
IV. Rechtsstellung und Aufgaben als Differenzierungsmerkmale ..	116
§ 10 Potentielle Aufgabenkategorien der Körperschaften des öffentlichen Rechts	119
A. Die „öffentliche Aufgabe“ als soziologisch-faktischer Begriff	119
I. Inhaltsbestimmungen der Lehre	119
II. Kritik und Modifizierung	120
B. Die „staatliche Aufgabe“ als Rechtsbegriff	123
I. Grundlagen	123
1. „Staatliche Aufgabe“ als formeller Begriff	123
2. Verhältnis zwischen staatlichen Aufgaben und Funktionen ..	124
3. Bedeutung des Staatszweckes	125
4. Maßgeblichkeit der Verfassungsordnung	126
a) Bonner Grundgesetz	126
b) Zulässigkeit der staatlichen Wahrnehmung	127
c) Staatsorganschaftliche Wahrnehmung	128
d) Differenzierung der staatlichen Aufgaben	130
II. Die wesentliche, spezifische Staatsaufgabe	130
1. Konkretisierung des staatlichen Macht- und Rechtszweckes	130
2. Randbemerkungen	132
a) zur Abgrenzung gegenüber dem Begriff des Monopols ..	132
b) zum Grundrecht der Berufsfreiheit	133
III. Die bloße, gewillkürte, konkurrierende Staatsaufgabe	135
1. Konkretisierung des staatlichen Kultur- und Wohlfahrtszweckes	135
2. Leistungsverwaltung, Daseinsvorsorge	137
3. Das Nebeneinander von Staat und Privaten	139
C. Ergebnis	141

Viertes Kapitel

**Rechtsdogmatische Differenzierung der (Personal-)
Körperschaften des öffentlichen Rechts**

143

Überblick	143
§ 11 <i>Körperschaften des öffentlichen Rechts im materiellen Sinn</i>	144
A. Ausgliederung aus unmittelbar staatlicher Verwaltung	144
I. Rechtliche Analyse	144
II. Beispiel	145
III. Rechtspolitisches	146
B. Neuaufnahme durch den Staat	146
I. Rechtliche Analyse	146
II. Beispiele	147
1. Bundesverband für den Selbstschutz	147
2. Arbeitnehmerkammern	149
III. Rechtspolitisches	149
C. Mittelbare Staatsverwaltung und Selbstverwaltung	151
Überblick	151
I. Lehren zur Abgrenzung der Begriffe mittelbare Staatsverwal- tung und Selbstverwaltung	151
II. Verhältnis zwischen Staats- und Selbstverwaltung unter mate- riell-funktionellen Aspekten	153
1. Fragestellungen zur Selbstverwaltung	153
2. „Originäre, vorstaatliche“ Aufgaben und Befugnisse der Selbstverwaltungsträger?	154
3. „Eigene, nichtstaatliche“ Aufgaben und Befugnisse der Selbstverwaltungsträger?	156
III. Selbstverwaltung als Spielart mittelbarer Staatsverwaltung ..	159
1. Differenzierung der Begriffe mittelbare Staats- und Selbst- verwaltung	159
2. Spielarten innerhalb des Organisationsbereiches „mittelbare Staatsverwaltung“	161
3. Ergebnis für Körperschaften des öffentlichen Rechts im mate- riellen Sinn	164
§ 12 <i>Körperschaften des öffentlichen Rechts im nur formellen Sinn</i>	165
Überblick	165
A. „Subventionierung“ eines nichtstaatlichen Sozialsubstrates	165
I. Rechtliche Analyse	165
II. Rechtspolitisches	167
III. Verfassungsmäßigkeit	168
B. Beispiele	170
I. Das Bayerische Rote Kreuz	170

II. Die kommunalen Spitzenverbände in Bayern	171
III. Der Bayerische Bauernverband	172
IV. Der Bayerische Jugendring	173
C. Dogmatisch relevante Rechtsprobleme in Zusammenhang mit Körperschaften im formellen Sinn	174
Überblick	174
I. Entstehung durch Maßnahmen der Exekutive?	174
1. Unterschiedliche Rechtslage für Körperschaften des Bundes und der Länder	174
2. Der funktionelle Gesetzesvorbehalt	176
3. Anmerkung zum Begriff „Organisationsgewalt“	178
4. Der institutionelle Gesetzesvorbehalt	179
5. Ergebnis	181
II. Dienstherrenfähigkeit öffentlich-rechtlicher Körperschaften	183
1. Begriff der Dienstherrenfähigkeit	183
2. Voraussetzungen der Dienstherrenfähigkeit	184
3. Körperschaft und Beamte	185
III. Gestaltung der staatlichen Aufsicht	188
1. Begriff der Staatsaufsicht	188
2. Aufsicht über Körperschaften im formellen Sinn	189
3. Gemäßigte Legalitätskontrolle	191
§ 13 Zusammenfassung und Ausblick	192
A. Ergebnis für die Körperschaftsdogmatik	192
B. Folgerungen für die Beurteilung von Zwangskörperschaften	192

Fünftes Kapitel

Zwangskörperschaft unter staatsorganisations- rechtlichen Gesichtspunkten	194
Überblick	194
§ 14 <i>Der öffentlich-rechtliche Status von Körperschaften</i>	194
A. Organisationsgewalt und Organisationshoheit des Staates	194
B. Organisationshoheit und öffentlich-rechtlicher Status	195
§ 15 <i>Die Funktionen der Körperschaften im materiellen Sinn</i>	196
A. Zwangskörperschaft und staatliche Aufgaben	196
I. Grundsätzliches zur Aufgabenzuweisung	196
II. Wahrnehmung von Staatsaufgaben in mittelbarer Staatsverwaltung	197

B. Körperschaft und spezifische Staatsaufgaben	198
I. Notwendigkeit der ausschließlichen Wahrnehmung spezifischer Staatsaufgaben in unmittelbarer Staatsverwaltung	198
II. Zulässigkeit der Wahrnehmung spezifischer Staatsaufgaben in auch mittelbarer Staatsverwaltung	200
§ 16 <i>Einfluß des Staatsorganisationsrechts auf die Beurteilung von Zwangskörperschaften?</i>	202
A. Allgemeines	202
B. Auswirkung unzulässiger Körperschaftsagenden auf den öffentlich-rechtlichen Status?	202
I. Unmittelbar staatlich wahrzunehmende Aufgaben	203
II. Notwendig staatsfremde Aufgaben	203
C. Staatsorganisationsrecht, Bürger und Zwangsmitgliedschaft	205
I. Materielle Rechtslage	205
II. Prozessuale Behelfe?	206

Sechstes Kapitel

Zwangsmitgliedschaft unter grundrechtlichen

Gesichtspunkten des Art. 9 Abs. 1 GG

208

Überblick	208
§ 17 <i>Die Auslegung des Art. 9 Abs. 1 GG unter Berücksichtigung seines Verhältnisses zu Art. 2 Abs. 1 GG</i>	210
A. Verhältnis zwischen Art. 2 Abs. 1 GG und den Einzelgrundrechten	210
I. Art. 2 Abs. 1 GG als Grundrecht im Sinne eines subjektiv-öffentlichen Rechts	210
II. Der Spezialitätsgrundsatz	211
B. Vorrangigkeit des Art. 9 Abs. 1 GG gegenüber Art. 2 Abs. 1 GG	214
I. Abgrenzung zwischen General- und Einzelgarantie	214
1. Grundsätzliches	214
2. Abgrenzung zwischen Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 9 Abs. 1 GG	216
II. Zurückhaltende Anwendung der Generalgarantie und extensive Auslegung der Einzelgrundrechte	217
1. In tatbestandlichen Grenz- und Zweifelsfällen	217
2. Prinzip höchstmöglicher Freiheitssicherung	218
§ 18 <i>Kritik der überkommenen formalen Betrachtungsweise des Art. 9 Abs. 1 GG</i>	219
A. Argumentation der herrschenden Meinung	219
B. Kritik der herrschenden Meinung	221
I. Indifferenz des öffentlich-rechtlichen Status	221

II. Geltungswille des Art. 9 Abs. 1 GG	222
III. Intentionen des Grundgesetzgebers	224
C. Ergebnis	225
§ 19 <i>Funktionsbezogene Auslegung des Art. 9 Abs. 1 GG</i>	226
A. Notwendigkeit einer funktionellen Betrachtungsweise	226
I. Institutionelles und funktionelles Element von Rechtssubjekten	226
II. Primat der rein funktionsbezogenen Methode	228
B. Art. 9 Abs. 1 GG und Zwangsmitgliedschaft	229
I. Funktioneller Vereinigungsbegriff des Art. 9 Abs. 1 GG	229
1. Individuell-privater Bereich	229
2. Soziologisch-faktisch „öffentlicher“ Bereich	230
3. Ergebnis	232
II. Beurteilung der Zulässigkeit von Zwangsmitgliedschaften nach Art. 9 Abs. 1 GG	232
1. Zwangsmitgliedschaft bedingt funktionelle Verstaatlichung im Organisationsbereich mittelbarer Staatsverwaltung	232
a) Funktionsbereich	232
b) Organisationsbereich	234
2. Zur Zulässigkeit funktioneller Verstaatlichung	235
a) Grenzen staatlicher Betätigung	235
b) Beispiele	236
c) Insbesondere: das Übermaßverbot	239
III. Zwangsmitgliedschaft bei Trägern notwendig staatsfremder Funktionen?	241
1. Beispiel: genossenschaftlicher Prüfungsverband	241
2. Argumentation der Befürworter einer Zwangsmitgliedschaft	242
3. Kritik	245
IV. Folgerungen für die Zwangsmitgliedschaft bei partieller Unzulässigkeit der Funktionenverstaatlichung	250
§ 20 <i>Die Erforderlichkeit des Organisationszwangs</i>	251
A. Übermaßverbot und Zwangszusammenschluß	251
I. Tatbestandliche Anknüpfungspunkte des Übermaßverbots im Hinblick auf den Organisationszwang	251
II. Grundrechtliche Anknüpfungspunkte des Übermaßverbots im Hinblick auf den Organisationszwang	253
1. Art. 9 Abs. 1 GG?	253
2. Art. 2 Abs. 1 GG!	254
B. Ermittlung der Erforderlichkeit des Zwangs	255
I. Erforderlichkeitsgrundsatz und Art. 2 Abs. 1 GG	255
II. Interdependenz zwischen Belastung und Erforderlichkeit	256
III. Folgerungen für die Zwangsmitgliedschaft bei partieller Nichterforderlichkeit des Organisationszwangs	256

*Siebentes Kapitel***Verfassungsmäßigkeit der Pflichtzugehörigkeit
bei Arbeitnehmerkammern**

258

Überblick 258

§ 21 *Die Befassung mit Partikularinteressen als Staatsfunktion?* 258

A. Interessenkonstellationen bei der Aktivität von Arbeitnehmerkammern 258

I. Interessenvertretung im Außenbereich 259

II. Interessenwahrnehmung im Innenbereich 260

III. Interessenformierung durch die Arbeitnehmerkammer 260

B. Die Gemeinwohlverpflichtung des Staates 261

I. Existenz des Gemeinwohlbegriffs 261

II. Inhalt des Gemeinwohlbegriffs 263

C. Verfassungsrechtliche Kriterien zur Verknüpfung von Partikularinteressen und Gemeinwohl 266

I. Sozialstaatsprinzip 266

1. Rechtsnatur und Aussage 266

2. Untauglichkeit des Sozialstaatsprinzips als Maßstab für eine Verknüpfung von Partikularinteressen und Gemeinwohl 267

II. Rechtsstaatsprinzip 270

1. Aussage 270

2. Rechtsstaatliches Arrangement zwischen Partikularinteressen und Gemeinwohl 271

a) Grundlegung 271

b) Einzelheiten 273

3. Verfahren 276

§ 22 *Die Pflichtzugehörigkeit bei Arbeitnehmerkammern* 278

Überblick 278

A. Aufgabenverstaatlichung nach Art. 9 Abs. 1 GG 278

I. Rechtsberatung und Rechtsvertretung 279

II. „Sozial“touristik 281

III. Funktionsbezogene Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerkammern und Arbeitnehmerkoalitionen 282

B. Erforderlichkeit des Zwangs nach Art. 2 Abs. 1 GG 285

Thesen

289

Literaturverzeichnis

291

Stichwortverzeichnis

306

Abkürzungsverzeichnis

Auf die Wiedergabe allgemein geläufiger Abkürzungen wird verzichtet. Dazu und im übrigen siehe das „Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache“ (von Hildebert Kirchner, 2. Aufl., Berlin 1968).

a. A.	= anderer Auffassung
aaO	= am angegebenen Ort
ABl	= Amtsblatt
AcP	= Archiv für civilistische Praxis
AFG	= Arbeitsförderungsgesetz
AHK	= Alliierte Hohe Kommission
Alt.	= Alternative
AöR	= Archiv des öffentlichen Rechts
ArbKG	= Arbeitskammergesetz
ArbnKG	= Arbeitnehmerkammergesetz
AVG	= Gesetz über Arbeitsvermittlung, Berufsberatung und Lehrstellenvermittlung
BAG	= Bundesarbeitsgericht
Ba(d.)-Wü(rtt.)	= Baden-Württemberg, baden-württembergisch
Bay.	= Bayern, bayrisch
BayArchG	= Bayerisches Architektengesetz
BayBesG	= Bayerisches Besoldungsgesetz
BayBezO	= Bayerische Bezirksordnung
BayBG	= Bayerisches Beamten-gesetz
BayBgm	= Der Bayerische Bürgermeister
BayBS(VK)	= Bereinigte Sammlung des Bayerischen Landesrechts (der Verwaltungsvorschriften des Bayerischen Staats- ministeriums für Unterricht und Kultus)
BayBSchG	= Bayerisches Berufsschulgesetz
BayDStO	= Bayerische Dienststra-fordnung
BayGO	= Bayerische Gemeinde-ordnung
BayJG	= Bayerisches Jagd-gesetz
BayKommZG	= Bayerisches Gesetz über die kommunale Zusammen- arbeit
BayLkrO	= Landkreisordnung für den Freistaat Bayern
BayPAG	= Bayerisches Polizeiaufgabengesetz
BaySpkG	= Bayerisches Gesetz über die öffentlichen Sparkassen
BayWG	= Bayerisches Wassergesetz
BayVwZVG	= Bayerisches Verwaltungszustellungs- und Vollstrek- kungs-gesetz
BB	= Der Betriebs-Berater
BBankG	= Bundesbankgesetz
BBG	= Bundesbeamten-gesetz

Bek.	= Bekanntmachung
Beschl.	= Beschluß
BFH	= Bundesfinanzhof
BGBI	= Bundesgesetzblatt
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHSt	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BHO	= Bundeshaushaltsordnung
BJagdG	= Bundesjagdgesetz
BJR	= Bayerischer Jugendring
BK	= Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Hamburg 1950 f. (Bonner Kommentar)
BMinG	= Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Mitglieder der Bundesregierung (Bundesministertgesetz)
BNotO	= Bundesnotarordnung
BRAO	= Bundesrechtsanwaltsordnung
Brem	= Bremen, bremisch
BRK	= Bayerisches Rotes Kreuz
BRRG	= Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts (Beamtenrechtsrahmengesetz)
BSGH	= Bundessozialhilfegesetz
BT-Drucks.	= Bundestagsdrucksache
BVBl	= Bayerische Verwaltungsblätter
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
DJT	= Deutscher Juristentag
DÖV	= Die Öffentliche Verwaltung
DRZ	= Deutsche Rechts-Zeitschrift
DStR	= Deutsches Steuerrecht
DV	= Deutsche Verwaltung, Durchführungsverordnung
DVB1	= Deutsches Verwaltungsblatt
E(S)	= Entscheidung (Sammlung)
EG	= Einführungsgesetz
EKD	= Evangelische Kirche in Deutschland
Entsch.	= Entscheidung(en)
Erl.	= Erläuterung
e.V.	= eingetragener Verein
EvStLex	= Evangelisches Staatslexikon
FlurBG	= Flurbereinigungsgesetz
Fn.	= Fußnote
G	= Gesetz
GBI	= Gesetzblatt
GewArch	= Gewerbearchiv
GewStG	= Gewerbesteuerergesetz
GG	= Grundgesetz
GO	= Gemeindeordnung, Geschäftsordnung
GVB1	= Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	= Gerichtsverfassungsgesetz
GVOB1	= Gesetz- und Verordnungsblatt

Hamb.	= Hamburg, hamburgisch
HChE	= Herrenchiemseer (Verfassungs-) Entwurf
HdSW	= Handwörterbuch der Sozialwissenschaften
Hdwb.	= Handwörterbuch
Hess.	= Hessen, hessisch
HKWPr	= Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis
Hs.	= Halbsatz
idF	= in der Fassung
IHKG	= Gesetz zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- und Handelskammern
JA	= Juristische Arbeitsblätter
JJB	= Juristen-Jahrbuch
JöR	= Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JurA	= Juristische Analysen
JuS	= Juristische Schulung
JZ	= Juristenzeitung
KatSG	= Gesetz über die Erweiterung des Katastrophenschutzes
KMBI	= Amtsblatt des Bayerischen Staatsministeriums für Unterricht und Kultus
KO	= Konkursordnung
KR	= Kontrollrat
KStG	= Körperschaftsteuergesetz
Ls.	= Leitsatz
m. w. Nachw.	= mit weiteren Nachweisen
Nachw.	= Nachweis(e)
nF	= neue Fassung
Nieds.	= Niedersachsen, niedersächsisch
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
N.N.	= ohne Verfasserangabe
Nr.	= Nummer
NRW	= Nordrhein-Westfalen, nordrhein-westfälisch
NZfAR	= Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
o. J.	= ohne Erscheinungsjahr
o. O.	= ohne Erscheinungsort
OVG	= Oberverwaltungsgericht
phil.	= philosophisch
Pr.	= Preußen, preußisch
PrOVGE	= Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts
PStG	= Personenstandsgesetz
RABl	= Reichsarbeitsblatt
RBerMBG	= Rechtsberatungs(mißbrauchs)gesetz
RdA	= Recht der Arbeit
RG	= Reichsgericht
RGSt	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RiA	= Das Recht im Amt
Rn.	= Randnummer
RVB1	= Reichsverwaltungsblatt

RVO	= Reichsversicherungsordnung
Saarl.	= Saarland, saarländisch
sc.	= scilicet, das heißt
Schl.-H.	= Schleswig-Holstein, schleswig-holsteinisch
StAnpG	= Steueranpassungsgesetz
StAnz	= Staatsanzeiger
StGH	= Staatsgerichtshof
StGB	= Strafgesetzbuch
StGBI	= Staatsgesetzblatt
StPO	= Strafprozeßordnung
str.	= strittig
Stw.	= Stichwort
T.	= Teil
THW	= Technisches Hilfswerk
TÜV	= Technischer Überwachungsverein
UrhG	= Urhebergesetz
VBl	= Verwaltungsblatt/-blätter
VELKD	= Vereinigte Evangelisch-Lutherische Kirche Deutschlands
VerfGH	= Verfassungsgerichtshof
VermStG	= Vermögensteuergesetz
VersR	= Versicherungsrecht
VerwArch	= Verwaltungsarchiv
VerwRspr	= Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
Vf.	= Verfahren
VG	= Verwaltungsgericht
VGH	= Verwaltungsgerichtshof
VO	= Verordnung
Vorbem.	= Vorbemerkung
VVDStRL	= Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	= Verwaltungsgerichtsordnung
w.(weit.)	= weitere
WaStrG	= Bundeswasserstraßengesetz
WoBauG	= 1. Wohnungsbaugesetz
WoFamG	= 2. Wohnungsbaugesetz (Wohnungsbau- und Familienheimgesetz)
WüBa	= Württemberg-Baden, württemberg-badisch
WV	= Verfassung des Deutschen Reichs (Weimarer Reichsverfassung)
zahlr.	= zahlreich
ZBR	= Zeitschrift für Beamtenrecht
ZevKR	= Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht
ZfPol	= Zeitschrift für Politik
ZfSR	= Zeitschrift für Sozialreform
ZgesStW	= Zeitschrift für die gesamte Staatsrechtswissenschaft
ZgGenW	= Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen
ZPO	= Zivilprozeßordnung

Erstes Kapitel

Entwicklung, Wesen und Problematik der Arbeitnehmerkammern als Zwangskörperschaften des öffentlichen Rechts

Überblick

Am Beispiel der Arbeitnehmerkammern eröffnet sich die weitgespannte Problematik um Körperschaften des öffentlichen Rechts.

Eine nähere Beleuchtung der Entwicklung dieser Kammern gibt Kunde über die historisch gewachsene, von den politischen und wirtschaftlichen Verhältnissen des 19. Jahrhunderts geprägte Idee öffentlich-rechtlicher Standesvertretungen. Sie erleichtert zudem das Verständnis der gegenwärtigen Diskussion um Gründung und Ausgestaltung weiterer derartiger Gebilde (§ 1).

Ferner führt die Schilderung des Wesens der Arbeitnehmerkammern, ihrer Rechtsgrundlagen, Organisation und Tätigkeit (§ 2), zu den juristischen Fragen, welche einer Qualifikation als Körperschaften des öffentlichen Rechts (§ 3) notwendig folgen.

Am Ende dieser Darlegungen wird es schließlich anzustreben sein, die zahlreichen erörterungswerten Probleme um öffentlich-rechtliche Körperschaften und Arbeitnehmerkammern auf zentrale Fragestellungen zu reduzieren und den Fortgang der Gesamtabhandlung auf das Phänomen der Zwangsmitgliedschaft auszurichten (§ 4).

§ 1 Die Entwicklung von Arbeitnehmerkammern

A. Entwicklung in Deutschland

I. Die Zeit bis zum Ersten Weltkrieg

Im Vormärz, zu Beginn der Industrialisierung und des Fabrikwesens in Deutschland, fühlten sich die verschiedensten bürgerlichen Gruppen und Zirkel bemüht, die soziale Distanz zur „arbeitenden Klasse“ zu mindern und die Kluft zwischen Fabrikherrn und Arbeitern zu überbrücken.

So bemühten sich liberale Bürger in dem für derartige Bestrebungen beispielhaften „Centralverein für das Wohl der arbeitenden Klassen“¹ um die Förderung der Arbeiterselbstverwaltung durch den Ruf nach paritätischen „Fabrikvereinen“, „Fabrikausschüssen“ und ähnlichen, auch überbetrieblichen Einrichtungen². In dieser, vor allem aus den geistigen Quellen eines utopischen Sozialismus wie romantischen Korporatismus gespeisten Ideenwelt, war der Berliner „Centralverein“ als Mittelpunkt für ein den gesamten preußischen Staat überspannendes Netz von Handwerker- und Arbeiterhilfsvereinen ausersehen. Bald hatten jedoch — je nach Zusammensetzung und Region — in den verschiedenen Einzelvereinen Liberale, Radikale, Sozialisten oder Kommunisten die Oberhand gewonnen und diese Gebilde auf ihre Ziele eingeschworen. Am Vorabend der Revolution war jenes Moment politischer Aktivierung der Arbeiter das gewichtigere, als das letztlich erfolglose, weil gelähmte, soziale Bemühen um wirkungsvolle paritätisch besetzte Fabrikvereine.

Infolge der vormärzlichen Ereignisse und des Revolutionsjahres 1848 kristallisierten sich schließlich Vorschläge für „Arbeiter- und Armenlandräte“ als „von den Regierungen berufene und unter ihrer Aufsicht und Leitung legale Associationen und Organe der Arbeiter“³ sowie für die später verwirklichten preußischen und nur projektierten sächsischen „Gewerberäte“ heraus. Diese in den mitteldeutschen und schlesischen Industriebezirken Preußens eingeführten Gewerberäte⁴ sollten zur Wahrnehmung der Interessen des Handwerks und der Industrie als Beratungsorgane der Behörden wirken. Der Gewerberat setzte sich in den beiden ersten seiner insgesamt drei „Abteilungen“ für Handwerker, Fabrikindustrie und Handelsstand in einer ungeraden Mitgliederzahl aus Arbeitgebern und Arbeitern derart zusammen, daß „um die notwendige Mehrheit bei den Abstimmungen zu erreichen“ der Unternehmerseite stets ein Vertreter mehr angehörte⁵.

Zur Tätigkeit des Gewerberates zählten Arbeitszeitfestsetzungen, Einrichtungen und Betreibung von Unterstützungskassen, Anordnungen über die Verhältnisse zwischen Fabrikherren und Arbeitern und ähnliches mehr. An sich stellte die Schaffung von Gewerberäten aber nur eine taktische Maßnahme der preußischen Obrigkeit nach den Vorkommnissen von 1848 dar, ohne einen Abbau der Spannungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitern bewirken zu können. Auch wurden Tätigkeit und Effektivität dieser Gebilde durch Gesetz vom 18. Mai 1854 im reaktionären Sinne erheblich eingeschränkt. So mußten die preußischen Gewerberäte schließlich daran scheitern, daß sie von ihren konservativen Schöpfern in Verkennung der einsetzenden sozialen Emanzipation als abhängige, die Klassenunterschiede betonende Institutionen gedacht und damit zwangsläufig der Gegnerschaft ihrer arbeitenden „Schützlinge“ ausgeliefert waren⁶. Trotz weiterer Novellen zur Gewerbeordnung, letztmals hinsichtlich der Gewerberäte im Jahre 1861,

¹ Vgl. dazu Stiebel, Nora, Der Zentralverein für das Wohl der arbeitenden Klassen im vormärzlichen Preußen, Diss. phil., Heidelberg 1922.

² Vgl. Krisam, Beteiligung, S. 65.

³ Vgl. v. Baader, Franz, Gesammelte Werke, Hamburg 1851 bis 1860, Bd. VI, S. 140.

⁴ Vgl. Novelle zur preußischen Gewerbeordnung v. 31. 1. 1850.

⁵ Vgl. Teuteberg, Mitbestimmung, S. 320 f. (326).

⁶ Vgl. Krisam, Beteiligung, S. 66.

wurden von den ehemals genehmigten 93 preußischen Räten im Jahre 1864 die drei letzten noch bestehenden aufgehoben⁷. In Sachsen dagegen waren die bereits weit gediehenen und vielversprechenden Bemühungen um Gewerberäte schon vor ihrer gesetzlichen Verwirklichung durch den blutigen Maiaufstand des Jahres 1849 zunichte gemacht worden⁸.

Die Idee einer in staatlich anerkannten, gesetzlichen Organen wirkenden Interessenvertretung der Arbeiterschaft blieb trotz der Fehlschläge in den Königreichen Sachsen und Preußen erhalten. Besaßen doch Handel, Handwerk und Landwirtschaft zu jener Zeit bereits eingewurzelte Institutionen, Deputationen und Kammern. Auch das allmähliche Entstehen von Gewerkschaften trug seinen Teil zum Wiedererstarken der Bestrebungen nach öffentlich-rechtlichen Arbeitervertretungen bei, wie es sich am Wechsel vom 19. zum 20. Jahrhundert äußerte.

So forderte im Jahre 1871 der 1839 zu Stettin geborene und in Freiburg lehrende Nationalökonom Gustav Friedrich von Schönberg die Schaffung eines das ganze Reich überspannenden Systems von *Arbeitsämtern* mit einem Reichs-Arbeitsamt an der Spitze⁹. Diese Arbeitsämter — den heutigen nicht vergleichbar — sollten mit Unternehmern und Arbeitern paritätisch besetzt werden. Es war vorgesehen, beiden Gruppen die Vertretung durch Personen ihres Vertrauens in einem vom Amtsleiter geschaffenen Beirat zu ermöglichen¹⁰. Die Tätigkeit der Arbeitsämter sollte sich insbesondere auf das Gebiet der Arbeiterstatistik und der Vermittlung in Gewerbs- und Arbeitsstreitigkeiten¹¹ erstrecken¹². Ferner waren diese Ämter dazu auszuweisen, den Regierungen die notwendigen Unterlagen für die Sozialgesetzgebung zu liefern.

Solche und ähnliche Vorschläge entsprangen — trotz gewisser Fortschritte — der typischen Geisteshaltung und dem Staatsverständnis jener Zeit, wonach der vom Souverän abgeleitete und den Beherrschten entgegen-tretende Obrigkeitsstaat sich in bloßer Eingriffsverwaltung erging und mit dieser identifizierte. Sozialpolitische Diskussionen mit dem Ziel der Gewährung gewisser Rechte und Leistungen an die beherrschten Klassen standen demzufolge nicht unter den Aspekten eines im Sinne von Selbstverwaltung und Daseinsvorsorge tätigen modernen Staates, sondern waren obrigkeitlichen Maximen der Aufrechterhaltung von *Sicherheit* und *Ordnung* verhaftet. So nimmt es nicht Wunder, wenn ein der Schule Kettlers entstammender Theologe, der Mainzer Domkapitular Christoph Moufang¹³, im Jahre 1876 dem Reichstag zur Begrüßung von (den v. Schönbergschen Anregungen ähnlichen) sozialpolitischen Ideen des Zentrums vortrug, er könne es sich recht gut vorstellen, „wenn die Gesetzgebung dazu überginge,

⁷ Vgl. *Teuteberg*, Mitbestimmung, S. 332 f.

⁸ Vgl. *Teuteberg*, wie vor, S. 335 f. (344).

⁹ Vgl. v. *Schönberg*, Gustav Friedrich, Arbeitsämter. Eine Aufgabe des deutschen Reichs, Berlin 1871; über v. Schönberg vgl. N. N., Hdwb. der Staatswissenschaften, 3. Aufl., Bd. VII, Jena 1911, S. 316; zu v. Schönbergs Entwurf näher vgl. *Harms*, Deutsche Arbeitskammern, S. 39 ff.

¹⁰ Vgl. *Harms*, Deutsche Arbeitskammern, S. 42.

¹¹ Aus der Zusammenarbeit von Amtsleiter, Arbeiter- und Unternehmervertretern erwartete man einen arbeitsrechtlichen Schlichtungseffekt.

¹² Vgl. *Born*, Sozialpolitik, S. 225; *Harms*, Deutsche Arbeitskammern, S. 42.

¹³ Vgl. die informative Biographie von *Gölten*, Josef, Christoph Moufang, Mainz 1961.

es den Arbeitern zu ermöglichen, den gesellschaftlichen Trieben, daß sich Gleiches mit Gleichem vereinigt, die rechte Leitung zu geben, daß alsdann in unseren verschiedenen Arbeiterklassen der konservative Geist der Ruhe und Ordnung sich mehren und kundgeben würde“¹⁴.

Von anderer Art waren dagegen die Vorstellungen der Sozialdemokratie. Im Jahre 1877 brachten erstmals Bebel und Fritzsche namens ihrer Fraktion im Reichstag einen Gesetzentwurf zur Schaffung territorial gegliederter und paritätisch besetzter *Gewerbekammern*¹⁵ ein. Zu diesen Kammern sollten die selbständigen Gewerbetreibenden und die gewerblichen Arbeiter wahlberechtigt und paritätisch in den Kammergremien vertreten sein¹⁶. Hinsichtlich der Tätigkeit solcher Kammern wurde gefordert: „... dieselben sind berufen, die Gewerbs- und Arbeiterinteressen zu vertreten. Den Behörden regelmäßige Berichte zu erstatten, welche zu veröffentlichen sind, Anträge an die Behörden zu stellen, sowie gemeinsam gewerbliche Einrichtungen und Fachbildungsanstalten zu beaufsichtigen...“¹⁷. In den folgenden Jahren 1885, 1899, 1900 und 1903¹⁸ wiederholten sich derartige Anträge im Reichstag. Dabei wurde der Begriff „Gewerbekammern“ durch „*Arbeitskammern*“ ersetzt. Zielstrebig verlangte denn auch das 1891 vom Parteikongreß der Sozialdemokratischen Partei beschlossene und erst 1921 abgelöste Erfurter Programm¹⁹: „Überwachung aller gewerblichen Betriebe, Erforschung und Regelung der Arbeitsverhältnisse in Stadt und Land durch ein Reichsarbeitsamt, Bezirksämter und Arbeitskammer“²⁰.

Obwohl im Reichstag sämtliche dementsprechenden Anträge fielen, hatte ein Erlaß des Kaisers vom 4. Februar 1890 neue Hoffnungen geweckt. Den Arbeitern wurden gesetzliche Interessenvertretungen und Mitwirkung bei Behandlung gemeinsamer Angelegenheiten zwischen ihnen und den Unternehmern in Aussicht gestellt²¹. Selbst als sich die Regierung im Jahre 1905 durch das Reichsamt des Inneren die Idee einer gesetzlichen Arbeitervertretung zueigen gemacht und Staatssekretär Graf von Posadowsky-Wehner im Reichstag unter Hinweis auf den kaiserlichen Erlaß von 1890 die Bereitschaft zur Errichtung paritätisch besetzter Arbeitskammern unterstrichen hatte, blieben im weiteren Verlauf Fortschritte dennoch aus. Wesentlich für die Hindernisse waren die Auseinandersetzungen um die Frage, ob der Vorzug

¹⁴ Vgl. stenographische Berichte über die Verhandlungen des Deutschen Reichstages, Legislaturperiode 1876, S. 4461; nach *Teuteberg*, Mitbestimmung, S. 466 m. w. Nachw.; zum Disziplinierungseffekt öffentlich-rechtlicher Körperschaften, § 11, B. III.

¹⁵ Vgl. *Harms*, Deutsche Arbeitskammern, S. 42.

¹⁶ Vgl. ders., aaO, S. 43; *Teuteberg*, Mitbestimmung, S. 466 f., m. w. Nachw.

¹⁷ Vgl. stenographische Berichte über die Verhandlungen des Deutschen Reichstages, Legislaturperiode 1877, Drucksache Nr. 92, Antrag Fritzsche, Bebel; nach *Teuteberg*, Mitbestimmung, S. 467, m. w. Nachw.

¹⁸ Vgl. *Born*, Sozialpolitik, S. 225; *Harms*, Deutsche Arbeitskammern, S. 43 f., S. 47 f.

¹⁹ Abgedruckt bei *Mommsen*, Wilhelm, Deutsche Parteiprogramme, 2. Aufl., München 1960, S. 349—352—.

²⁰ Zu den Aufgaben dieser Einrichtungen ausführlich: *Teuteberg*, Mitbestimmung, S. 467 f.

²¹ Vgl. *Syrup-Neuloh*, 100 Jahre staatliche Sozialpolitik, S. 198 f.; Hinweise auf diesbezügliche Intentionen des Kaisers bei *Großmann*, RdA 1968/297—298 Fn. 21—.

paritätisch besetzten *Arbeitskammern* als allgemeinen Wirtschaftsvertretungen oder reinen *Arbeiterkammern* als wirklichen Klassen- bzw. Standesvertretungen zu geben sei²². Es handelt sich um ein Problem, welches bis in die Mitbestimmungsdiskussionen der Gegenwart zu verfolgen ist und sowohl von Interessengegensätzen als auch unterschiedlichen Auffassungen über die Zweckmäßigkeit der einen oder anderen Lösung bestimmt wird.

So wurde bereits in der Diskussion um die Jahrhundertwende²³ zugunsten paritätischer *Arbeitskammern* vorgebracht, sie seien als ständige Verhandlungsinstanz zwischen Unternehmern und Arbeitern geeignet, der Klassenspaltung und damit dem Klassenkampf zu wehren. Für die Einführung reiner *Arbeiterkammern* sprach dagegen der Gedanke einer Standesvertretung, ähnlich, ja parallel zu den bereits bestehenden Landwirtschafts-, Handels- und Handwerkskammern.

Die sich gegen *Arbeitskammern* erhebenden Stimmen betonten — wenn sie nicht grundsätzliche Ablehnung enthielten²⁴ — die paritätische Besetzung führe zu einer Lähmung der Kammertätigkeit, so daß die darin vorgesehenen Einigungsämter erfolglos bleiben müßten. Außerdem bestehe die Gefahr, daß schließlich radikale Elemente aus beiden interessengegensätzlichen Parteien hervorträten, die *Arbeitskammern* folglich eher Unbill denn Nutzen gewährleisteten. Die Gegner von *Arbeiterkammern* hielten andererseits solche Institutionen für schlechthin überflüssig und sinnlos, da der Staat mit ihnen eigentlich nur die mißliche und unerwünschte Erscheinung von Sozialdemokratie und Gewerkschaften, also der Arbeiterbewegung, stärke und damit der Untergrabung von Autorität und Stabilität Vorschub leiste²⁵.

Am 1. Februar 1908 legte die Reichsregierung dem Bundesrat schließlich den Entwurf eines *Arbeitskammergesetzes*, betreffend die Errichtung paritätisch besetzter Kammern, vor. Der Zweck dieser Einrichtung fand folgende allgemeine Darstellung: „Die *Arbeitskammern* sind berufen, den wirtschaftlichen Frieden zu pflegen. Sie sollen die gemeinsamen gewerblichen und wirtschaftlichen Interessen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer der in ihnen vertretenen Gewerbebezweige sowie die auf dem gleichen Gebiet liegenden besonderen Interessen der beteiligten Arbeitnehmer wahrnehmen²⁶.“ Unter dem Eindruck daraufhin ausbrechender massiver, von den verschiedensten

²² Vgl. *Born*, Sozialpolitik, S. 226 ff.; *Harms*, Deutsche *Arbeitskammern*, S. 66 f.

²³ Ausführlich in: Vorschläge zur Gestaltung der *Arbeitskammern* in Deutschland. Zehn Gutachten. Schriften der Gesellschaft für soziale Reform, Jena 1906; vgl. auch *Born*, Sozialpolitik, S. 225 ff.; *Graetzer*, Rudolf, Die Organisation der Berufsinteressen. Die deutschen Handels- und Gewerkekammern, Die Landwirtschafts- und Arbeiterkammern, Der Volkswirtschaftsrath. Ihre Geschichte und Reform, Berlin 1890, passim; *Tatarin-Tarnheyden*, Berufsstände, S. 69 f.

²⁴ So der damalige Staatssekretär im Reichsinnenministerium und spätere Reichskanzler von Bethmann-Hollweg, der befürchtete, die *Arbeitskammern* könnten zu „kleinen Parlamenten“ werden, vgl. *Born*, Sozialpolitik, S. 226 m. w. Nachw.

²⁵ Vgl. *Born*, Sozialpolitik, S. 233; *Syrup-Neuloh*, 100 Jahre, S. 198 f.

²⁶ Lt. Bundesratsdrucksache Nr. 14 der Legislaturperiode 1908, Reichsarbeitsblatt Bd. VI (1908), Nr. 3, S. 279; *Teuteberg*, Mitbestimmung, S. 476 (auch zu den besonderen Aufgaben der *Arbeitskammern*); vgl. auch *Born*, Sozialpolitik, S. 226 f.

Seiten vorgetragener Kritik²⁷ brachte die Regierung im Reichstag am 25. November 1908 einen geänderten Entwurf ein, der zwar weniger kritisch, aber wiederum von allen Seiten mit Vorbehalten aufgenommen wurde²⁸. Seitens der Sozialdemokraten erfuhr er sogar scharfe Ablehnung, weil er unter dem Deckmantel sozialen Fortschritts nur unbefriedigende Lösungen enthalte²⁹. Insbesondere im Streit um die Wählbarkeit von Gewerkschaftsvertretern zu, bzw. deren generellen Ausschluß aus den Arbeitskammern, aber auch wegen grundsätzlicher Ablehnung jeglicher Interessenvertretung öffentlich-rechtlicher Art für Arbeiter, blieb schließlich selbst die dritte Regierungsvorlage vor dem Reichstag vom 11. Februar 1910 erfolglos³⁰. Die Grundzüge damaliger Kontroversen finden in der Gegenwart ersichtliche Parallelen.

Während der Auseinandersetzung um beide Varianten von Kammern blieb selbst ein Auffassungswandel nicht aus, der — z. T. auf einem bloßen Austausch der Meinungen beruhend — keine Abschwächung der Fronten herbeiführen konnte. So hatte die sozialdemokratische Partei bis 1911 mit den christlichen Gewerkschaften paritätisch besetzte Arbeitskammern befürwortet, war dann aber auf die Linie der freien Gewerkschaften eingeschwenkt und gab fürderhin reinen Arbeiterkammern den Vorzug³¹.

Nach dem neuerlichen Fehlschlag wurden seitens der Reichsregierung in der Folgezeit keine weiteren Entwürfe zur Arbeitnehmervertretung vorgelegt, so daß die Diskussion um diese Fragen eine entscheidende Belebung nicht mehr erfahren konnte. Lediglich im Jahre 1917 propagierten die freien Gewerkschaften im Rahmen ihres sozialpolitischen Programms erneut die Errichtung von (diesmal) paritätisch besetzten Arbeitskammern³². Auf den Munitionsarbeiterstreik hin erinnerte sich auch der Reichstag nochmals der Vorlage von 1908 und 1910, ohne jedoch Fortschritte zu erzielen.

Als der letzte kaiserliche Reichskanzler, Prinz Max von Baden, im Herbst 1918 erneut die Einführung von Arbeitskammern „versprach“³³, war der Schlußstrich unter die mehrjährige Diskussion um solche Gebilde auf Reichsebene endgültig gezogen. Sie ist seitdem in keinem Parlament des Deutschen Reiches oder der Bundesrepublik wieder ernsthaft aufgegriffen worden³⁴.

²⁷ Unter anderem stieß der Entwurf auch im teilweise restaurativ, teilweise fortschrittlich geprägten Bundesrat auf Widerspruch; vgl. ausf. *Born*, Sozialpolitik, S. 227 f.; *Syrup-Neuloh*, 100 Jahre, S. 199; *Teuteberg*, Mitbestimmung, S. 477 f.

²⁸ Vgl. *Born*, Sozialpolitik, S. 232.

²⁹ Vgl. *Teuteberg*, Mitbestimmung, S. 478 f.

³⁰ Vgl. *Born*, Sozialpolitik, S. 232 f.; *Krisam*, Beteiligung, S. 69; *Teuteberg*, Mitbestimmung, S. 480 f.

³¹ Arbeiterkammern hatte die SPD — allerdings auf nur regionaler Ebene — bereits am 22. 2. 1888 gefordert, als sie in der Bremischen Bürgerschaft den Antrag auf Errichtung einer Arbeiterkammer als Korrelat zur dort bestehenden Gewerbekammer eingebracht hatte (vgl. Verhandlungen der Bremischen Bürgerschaft vom Jahre 1888, S. 69 f.).

³² Vgl. *Syrup-Neuloh*, 100 Jahre, S. 233 f.

³³ Vgl. *Cramer*, RdA 1959/459—460 Fn. 13— m. w. Nachw.

³⁴ Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, daß es noch vor Ausbruch des Ersten Weltkrieges in Deutschland regional und fachbezogen zur Bildung von Arbeitskammern gekommen ist. Es handelt sich um die durch Reichsverordnung vom 8. 2. 1919 eingeführten Arbeitskammern im Bergbau des Ruhrgebiets und Oberschlesiens, die allerdings wegen des Ausbleibens ins

Allerdings verspricht eine Gesetzesinitiative der Christlich-Demokratischen Union eine Wiederbelebung der Diskussion auf Bundesebene³⁵.

Insgesamt aber fällt auf, daß allen Forderungen, Überlegungen und Diskussionen, welche bis 1919 um diese Fragen wucherten, spezifisch staats- und verfassungsrechtliche Erwägungen nahezu fremd gewesen sind.

II. Die Zeit von 1919 bis heute

1. Entwicklung auf Reichsebene

Nach dem Ende des Ersten Weltkrieges, zu Beginn der Weimarer Republik, mündete die ehemals auf Arbeits- und Arbeiterkammern gerichtete Entwicklung in das *Rätesystem* der Reichsverfassung vom 11. August 1919 ein.

Dieses Modell war als Mittelweg zwischen den politischen Räten der UdSSR und einer zum Parlament hinzutretenden berufsständischen Kammer konzipiert³⁶. Es fand in Art. 165 WV seinen programmatischen Niederschlag. Danach sollte es zur Gründung von Arbeiter- und von Wirtschaftsräten kommen. Erstere waren, Arbeiter und Angestellte umfassend, als reine Interessenvertretungen der Arbeitnehmerschaft projektiert und sollten sich in Betriebsarbeiterräte, nach Wirtschaftsgebieten gegliederte Bezirksarbeiterräte und einen Reichsarbeiterrat an der Spitze formieren³⁷. Damit hatte der alte Gedanke an Arbeiterkammern als Interessenvertretung, allerdings für Arbeiter und Angestellte zusammen, eine Parallele gefunden.

Neben dem dreistufigen Rätssystem waren Wirtschaftsräte als zweistufige Organisation vorgesehen. Ihre Funktion sollte in der Zusammenfassung aller gesellschaftlichen Kräfte bestehen und zu einer Vereinigung der Interessen von Arbeitgebern, Arbeitnehmern, Verbrauchern, Herstellern und anderen führen³⁸.

Dieses ideologische Programm der Weimarer Verfassung war nach den Intentionen seiner bedeutendsten Verfechter, Hugo Sinzheimer³⁹ und Hugo

einzelne gehender gesetzlicher Regelungen nicht zur Entfaltung gelangen konnten (vgl. *Becker*, Die Arbeitskammer, 1956/322—325—; *Jacobi*, Verw Arch 38 (1933) 2 f., 10; *Tatarin-Tarnheyden*, Berufsstände, S. 74). Daneben existierten bereits um die Jahrhundertwende in Schlesien für kurze Zeit Arbeiterkammern mit einem regionalen Arbeiterkammertag in Liegnitz (vgl. *Cramer*, RdA 1959/459—461— unter Bezugnahme auf *Gleichauf*, Wilhelm, Geschichte des Verbandes der deutschen Gewerksvereine (Hirsch-Duncker), Berlin 1907, S. 116 f., der als Aufgaben jener Kammern u. a. schildert: Vorschläge zur Regelung der Zucht- und Hausarbeit auf den königlichen Werken, Berichte über die Kinderarbeit in den oberschlesischen Fabriken).

³⁵ Dazu s. u. § 2, Fn. 5.

³⁶ Vgl. *Syrup-Neuloh*, 100 Jahre, S. 242: die Reichsregierung lehnte den politischen Rätegedanken ab, wollte die Räte mit wirtschaftlichen und sozialen Aufgaben betrauen ...

³⁷ Siehe Art. 165 Abs. 2 WV; zur Diskussion um die Arbeiterräte vgl. *Jacobi*, Verw Arch 38 (1933) 2 f., 14 f.

³⁸ Siehe Art. 165 Abs. 3 WV.

³⁹ Zu Sinzheimer vgl. *Fraenkel*, Ernst, Hugo Sinzheimer, JZ 1958/457 f.; *Herschel*, Wilhelm, Arbeitsrecht als gewerkschaftliche Aufgabe, in Arbeit und Recht, 1954/321 f.

Preuß⁴⁰, dazu bestimmt, die Wirtschaft durch Zusammenfassung der klassen- und gruppenbezogenen Kräfte als organisiertes Ganzes zur Geltung zu bringen. Es verkörperte einen Teil der Staatsverfassung, ohne freilich eine besondere Gesellschaftsordnung anzustreben. Zugleich sollten die Arbeitnehmer in Gemeinschaft mit den Unternehmern durch Bildung paritätisch besetzter Arbeitsgemeinschaften⁴¹ ihren Anteil Mitbestimmung an den sie betreffenden Wirtschafts- und Existenzfragen erhalten. Die in der sozialpolitischen Auseinandersetzung⁴² primäre Funktion der Arbeiterräte blieb davon jedoch unberührt.

Von diesem Konzept der Weimarer Reichsverfassung sind lediglich die Betriebsarbeiterräte als unterste Schwelle der Arbeiterräte⁴³ und ein wegen erheblicher, nicht ausgeräumter Unstimmigkeiten und Schwierigkeiten nur „vorläufiger Reichswirtschaftsrat“ als oberste Spitze der Wirtschaftsräte⁴⁴ Realität geworden. Darüber hinaus ist der Verfassungsauftrag des Art. 165 WV — von vielen Gegenströmungen gehemmt⁴⁵ — in den bedeutenden Zwischenstufen der Bezirksarbeiterräte, Bezirkswirtschaftsräte und der Spitze eines Reichsarbeiterrates unerfüllt geblieben⁴⁶.

2. Entwicklung auf Länderebene

Was man auf Reichsebene nicht zu erreichen vermochte, sollte auf regionalem Gebiet Wirklichkeit werden. So existierten auch nach dem Krieg im Ruhrgebiet und in Oberschlesien die paritätischen Arbeitskammern für den Bergbau⁴⁷ einige Zeit weiter. In Hamburg erstand der in der Landesverfassung vorgesehene und Arbeitskammern ähnliche „Arbeiterrat Groß-Hamburg“⁴⁸. Daneben fanden sich in Thüringen und Danzig gleichartige Landesinstitutionen, die allerdings über ihre bloß formelle Bildung hinaus nicht tätig geworden sind⁴⁹. Die Regierungen der Freistaaten Sachsen und Oldenburg schließlich legten Entwürfe für Arbeitnehmerkammergesetze vor⁵⁰, ohne daß es zu einer Verabschiedung gekommen wäre.

In Bremen und im Saarland entstanden dagegen die ersten Arbeitnehmerkammern Deutschlands. Sie sind bis heute die einzigen geblieben.

⁴⁰ Zu Preuß vgl. *Schmitt*, Carl, Hugo Preuß, Tübingen, 1930; *Simons*, Walter, Hugo Preuß, Berlin 1930.

⁴¹ Siehe Art. 165 Abs. 1 WV.

⁴² Siehe Art. 165 Abs. 2 WV.

⁴³ Vgl. Betriebsrätegesetz vom 4. 2. 1920, RGBl 1920, S. 147; ausf. dazu *Syrup-Neuloh*, 100 Jahre, S. 241 f. m. w. Nachw.

⁴⁴ Vgl. VO vom 4. 5. 1920, RGBl 1920, S. 858; ausf. dazu *Bremer*, Kammerrecht, S. 287 f.; *Krisam*, Beteiligung, S. 135 ff.

⁴⁵ Vgl. *Huber*, E. R., Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd. II, S. 479.

⁴⁶ Vgl. neuerdings *Thiele*, Willi, Wirtschaftsräte — eine Forderung in unserer Zeit, DVBl 1971/773 f.

⁴⁷ Siehe oben Fn. 34.

⁴⁸ Vgl. N. N., Die Angestelltenbewegung 1925—1928, in *Geschichts- und Handbuch der Wirtschafts-, Sozial- und Gewerkschaftspolitik*, Berlin 1928, S. 92; *Becker*, in *Die Arbeitskammer*, 1956/322—326—.

⁴⁹ Vgl. *Becker*, wie vor.

⁵⁰ Vgl. Beilagen zu den Verhandlungen des Sächsischen Landtages 1923 Vorlage Nr. 87; Verhandlungen des 2. Landtages des Freistaats Oldenburg 1923, 8. Versammlung, Anlage 15.

a) Bremen

Zu einer Zeit, als die SPD im Reichstag noch die Errichtung von paritätisch besetzten Arbeitskammern gefordert hatte, brachte die sozialdemokratische Fraktion in der Bremischen Bürgerschaft bereits den Antrag auf Errichtung einer reinen Arbeiterkammer ein⁵¹. Doch kam es auch hier vor Ende des Ersten Weltkrieges nicht mehr zu einer Verwirklichung dieser Pläne.

Schließlich aber begünstigten die im bremischen Stadtstaat besonders ausgeprägte ständische Gliederung von Handel, Handwerk und Landwirtschaft, ihre Organisation in kammerähnlichen Vertretungen, sowie die Eingliederung in den Staatsaufbau, den erfolgreichen Abschluß sozialdemokratischer Bemühungen, als mit den §§ 83 bis 86 der Bremer Landesverfassung vom 18. Mai 1920⁵² die Grundlage zur Bildung zweier Arbeitnehmerkammern geschaffen worden ist. In Ausführung dieser Verfassungsbestimmungen wurden durch die Gesetze vom 17. Juli 1921 eine *Angestelltenkammer* und eine *Arbeiterkammer* ins Leben gerufen⁵³. Die Frage, ob unter dem Aspekt des Art. 165 Abs. 6 WV eine derartige Länderkompetenz überhaupt bestehen konnte, war allerdings heftig umstritten⁵⁴.

Entgegen der marxistischen Ideologie von der Einheit der arbeitenden Klasse waren die Arbeitnehmer damit in zwei Kammern getrennt⁵⁵. Darin zeigt sich ein Indiz für die anhebende Entwicklung der Angestelltenschaft zur Eigenständigkeit⁵⁶. Beide Arbeitnehmerkammern betätigten sich mit Erfolg auf den ihnen zugewiesenen Gebieten, bis im Jahre 1933 die Mitglieder ihrer Vollversammlungen durch Nationalsozialisten ersetzt und die Kammern 1936 endgültig aufgelöst wurden.

Nach dem Zweiten Weltkrieg wurden die Arbeitnehmerkammern Bremens durch Ermächtigung der Militärregierung vom 22. Juni 1945 wieder errichtet⁵⁷ und die früheren diesbezüglichen Gesetze erneut in Kraft gesetzt. Schon 1948 kam es indessen zu einer Einschränkung der Rechte aller bremischen Kammern, als ihre Hoheitsbefugnisse (Zwangsmitgliedschaft, Pflichtbeiträge u. a.) in das Bewußtsein der Besatzungsmacht eingedrungen waren und wohl auf Grund Identifizierung mit sogenannten „Leitungsverbänden“⁵⁸ deren Mißfallen erregt hatten⁵⁹. So enthielten die neuen

⁵¹ Siehe oben Fn. 31.

⁵² BremGBl 1920 Nr. 46.

⁵³ BremGBl 1921 S. 291, 296; RABl 1921 S. 991 f.; Änderungsgesetz v. 27. 7. 1923, BremGBl 1923 S. 387 f. (Einführung der Beitragspflicht); vgl. Giese, VerwArch 37 (1932) 201.

⁵⁴ Vgl. Jacobi, VerwArch 38 (1933) 2 f.; Löning, NZfAR 9 (1929) Sp. 594 f., 673 f., welche von einem Verstoß gegen die Verfassung ausgingen; demgegenüber bejahten Galperin, unveröffentlichtes Rechtsgutachten für die Angestelltenkammer Bremen, 1931 (hrsg. durch die Angestelltenkammer Bremen), S. 13 f.; Giese, VerwArch 37 (1932) 201—213 f.—; Sinzheimer, NZfAR 10 (1930) Sp. 593 f. die Verfassungsmäßigkeit dieser auf Landesebene gebildeten Kammern.

⁵⁵ Zur Trennung der Arbeitnehmer in zwei Kammern vgl. Krisam Beteiligung, S. 74 f.; Zacher, Arbeitskammern, S. 37 f.

⁵⁶ Vgl. Potthoff, Heinz, Die Vertretung von Angestellten in Arbeitskammern, Jena 1905 (Schriften der Gesellschaft für soziale Reform Nr. 19).

⁵⁷ Gesetz vom 12. 7. 1945, BremGBl 1945 Nr. 8, S. 20.

⁵⁸ Vgl. Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 453 f.; Köttgen, VerwArch 44 (1939) 48 f.; s. auch u. § 11, B. III.

bremischen Arbeitnehmerkammergesetze vom 3. Oktober 1950⁶⁰ zwar eine automatische Zugehörigkeit der bremischen Arbeiter und Angestellten zu den Kammern, ermöglichten jedoch den Betroffenen zugleich den Austritt⁶¹ und sprachen nur noch von freiwilligen Beitragsleistungen⁶².

Nach Wiederherstellung der Souveränität Westdeutschlands erging schließlich am 27. Juni 1956 das heute gültige „Gesetz über die Arbeitnehmerkammern im Lande Bremen“⁶³. Es trat am 3. Juli 1956⁶⁴ in Kraft und führte den alten Rechtsstatus der Kammern einschließlich Zwangszugehörigkeit und Pflichtbeiträgen wieder ein.

b) Saarland

Die Geschichte der saarländischen Arbeitnehmervertretung sieht zunächst die im Jahre 1925 durch Verordnung der internationalen „Regierungskommission für das Saargebiet“⁶⁵ errichtete, mit Arbeitgebern und Arbeitnehmern paritätisch besetzte „Arbeitskammer“⁶⁶. Ihre Aufgabe bestand in der Repräsentation der gemeinsamen Interessen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern gegenüber der Regierungskommission⁶⁷. Mit der Rückkehr des Saargebiets in das Deutsche Reich stellte diese erste paritätisch besetzte Arbeitskammer auf deutschem Boden im Jahre 1935 ihre Tätigkeit ein.

Nach Art. 59 der saarländischen Nachkriegsverfassung vom 15. Dezember 1947 sollte die Wirtschaft des Saargebiets „ihre öffentlich-rechtliche Vertretung jeweils in den Industrie- und Handelskammern, in der Handwerkskammer, in der Landwirtschaftskammer und in der Arbeitskammer“ erhalten⁶⁸. Diese durch Gesetz vom 30. Juni 1951⁶⁹ geschaffene Arbeitskammer

⁵⁹ Anordnung des Direktors der amerikanischen Militärbehörden v. 20. 12. 48, BremGBl 1949 Nr. 1; vgl. *Arendt*, Karlheinz, Um die Rechtsform der wirtschaftlichen Selbstverwaltung, DÖV 1948/97 ff. (100).

⁶⁰ BremGBl 1950 S. 93 f.

⁶¹ Vgl. §§ 5, 6 des Arbeiter- und des Angestelltenkammergesetzes in der damaligen Fassung, BremGBl 1950 S. 93, 95.

⁶² Zu den für die Kammern auftretenden Schwierigkeiten vgl. *Krisam*, Beteiligung, S. 76 f.

⁶³ Zu den Beratungen vgl. *Rasch*, Arbeiterkammer, S. 74 f.; allg. zu den bremischen Kammern vgl. auch *Franke*, RdA 1971/200; *Klink*, in Gewerkschaftliche Monatshefte 1967/214 f.; neuestens: Geschichte und Gegenwart der Arbeitnehmerkammern in Bremen, hrsg. von der Angestellten- und der Arbeiterkammer Bremen, Bremen 1971.

⁶⁴ BremGBl 1956 S. 79 f.; *Nipperdey*, Hans Carl, Arbeitsrecht (Gesetzesammlung), München, o. J.; Nr. 553; neueste Fassung vom 23. 12. 1965, BremGBl 1965 S. 156.

⁶⁵ Auf Grund des Versailler Friedensvertrages (T. III, Abschn. IV, Art. 50) vom Völkerbundrat (Sitzung vom 13. 1. 1920) mit der Regierungsgewalt auf 15 Jahre betraut; VO vom 18. 9. 1925, ABl des Saarlands 1925 Nr. 27.

⁶⁶ Anlaß zur Schaffung ausgehend vom Internationalen Arbeitsamt; vgl. *Krisam*, Beteiligung, S. 70; *Wagner*, Arbeitskammer, S. 83.

⁶⁷ Vgl. *Wagner* aaO, S. 83 f.

⁶⁸ ABl des Saarlands 1947 S. 1077.

⁶⁹ ABl des Saarlands 1951 S. 980; vgl. *Wagner*, Arbeitskammer, S. 84 f., der den in Weimar nicht realisierten Bezirksarbeiterrat (Art. 165 Abs. 2 WV) als Vorbild dieser Arbeitskammer ansieht.

des neuen, von Deutschland wiederum getrennten Saargebiets unterscheidet sich gegenüber ihrer Vorgängerin der zwanziger Jahre dadurch, daß sie als reine Arbeitnehmervertretung, also ohne paritätische Beteiligung der Arbeitgeber, organisiert ist⁶⁹. Auch umfaßt sie — im Gegensatz zu den beiden bremischen Arbeitnehmerkammern — Arbeiter und Angestellte zusammen. Bei der Eingliederung des Saargebiets in die Bundesrepublik Deutschland blieb die Arbeitskammer unverändert bestehen. Ihre heutige Grundlage hat sie im „Gesetz Nr. 846 über die Arbeitskammer des Saarlandes“⁷⁰ vom 5. Juli 1967⁷¹.

B. Entwicklung im Ausland

Außerhalb Deutschlands finden sich Arbeitnehmerkammern vergleichbarer Art heute nur in Österreich und Luxemburg.

I. Österreich

Während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts hatten auch in der österreichisch-ungarischen Doppelmonarchie die Arbeiter begonnen, Vereinigungen zu gründen. Unter Arbeitnehmerkammern (Arbeiterkammern) stellte man sich zu dieser Zeit noch Einigungs- und Schlichtungsinstitutionen vor⁷². Nachdem Arbeiterorganisationen, Gewerkschaften und dazugehörige Bestrebungen jahrzehntelang mißtrauisch beobachtet und mehr behindert denn geduldet wurden, tolerierte man 1917 im Reichsrat doch die Einbringung eines Antrages auf Errichtung von Arbeiterkammern. Damit sollte primär die gegen Krieg und Entrechtung revoltierende Arbeiterschaft beschwichtigt werden⁷³. Ein entsprechendes Gesetz kam in der Monarchie jedoch nicht mehr zustande. Erst nach dem Weltkrieg wurde in der neugebildeten Republik der von Staatssekretär Hanusch ausgearbeitete und bereits 1918 eingebrachte Gesetzentwurf über die Errichtung von *Arbeiterkammern* am 26. Februar 1920 verabschiedet⁷⁴.

⁷⁰ In Kraft mit 5.8.67, vgl. ABl des Saarlands 1967 S. 635; vgl. *Nipperdey*, Hans Carl, Arbeitsrecht (Gesetzessammlung), München, o. J., Nr. 554.

⁷¹ Allgemein zur Arbeitskammer des Saarlands vgl. *Becker*, in Die Arbeitskammer, 1956/322 f.; *Forster*, in Das Arbeitsrecht der Gegenwart, 1968/57 f.; N.N., Die Arbeitskammer des Saarlands, Aufgabe und Tätigkeit, Saarbrücken 1969 (hrsg. von der Arbeitskammer des Saarlands); *Peierle*, in Gesellschaftspolitische Kommentare, 1969/40 ff.; siehe auch das dem Titel „20 Jahre Arbeitskammer“ unterstellte Heft 1/1972 der Zeitschrift „Der Saarländische Arbeitnehmer“.

⁷² Vgl. *Krisam*, Beteiligung, S. 27.

⁷³ Vgl. *Maisel*, in Die Arbeitskammer, 1960/71 f.

⁷⁴ Vgl. *Findeis*, Adolf, Organisation und Tätigkeit der Arbeiterkammern, Wien 1954, S. 115; *Hrdlitschka*, Wilhelm, 50 Jahre Arbeiterkammern, in Das Recht der Arbeit (Wien) 1970/105; ausf. zur Entwicklung in Österreich und zur Aktivität der dortigen Arbeitnehmerkammern auch *Floretta*, Hans, Erfahrungsbericht über die Arbeit der österreichischen Arbeitnehmerkammern, demnächst veröffentlicht in der Reihe „Kleine Schriften zur Sozialpolitik und zum Arbeitsrecht“, hrsg. vom Institut für Sozialpolitik und Arbeitsrecht e. V., München.

Es handelt sich um eine reine Kammer für Arbeiter und Angestellte, die ihren Charakter als echte Interessenvertretung allerdings schon zwölf Jahre später wieder verlieren mußte: als 1933 die Volksvertretung ausgeschaltet und 1934 der christliche Ständestaat etabliert waren, wurde die Arbeiterkammer im staatskorporativen System zum Zentralbüro der neuen Einheitsgewerkschaft umgebildet. Mit der nationalsozialistischen Besetzung im Jahre 1938 verschwanden schließlich auch diese Reste der ersten öffentlich-rechtlichen Arbeitnehmervertretung in Österreich.

Bald nach Ende des Zweiten Weltkrieges wurden auf Bundesländerebene die Arbeiterkammern — zunächst formell — wieder in ihrer ursprünglichen Gestalt gebildet⁷⁵. Durch Unklarheiten über die Zugehörigkeit gewisser Arbeitnehmergruppen⁷⁶ verzögerte sich die Schaffung eines neuen detaillierten Arbeiterkammergesetzes, auf dessen Grundlage sich die eigentliche Kammeraktivität nach dem Krieg in vollem Umfang hätte entfalten sollen.

So nahm das österreichische Parlament erst am 19. Mai 1954 das „Bundesgesetz über die Kammern für Arbeiter und Angestellte und den österreichischen Arbeiterkammertag“⁷⁷ an. Dieses Gesetz stellt heute die Basis für die in Kammern der einzelnen Bundesländer unterteilte stärkste öffentlich-rechtliche Arbeitnehmervertretung Europas dar⁷⁸.

II. Luxemburg

Im Luxemburg sind durch Gesetz vom 4. April 1924, „betreffend die Errichtung von wählbaren Berufskammern“, neben Landwirtschafts-, Handwerks- und Handelskammern auch eine *Arbeiterkammer* und eine *Privatbeamtenkammer* ins Leben gerufen worden⁷⁹. Die luxemburgische Arbeiterkammer umfaßt als reine Interessenvertretung sämtliche Arbeiter des Landes⁸⁰. Der Privatbeamtenkammer gehören dagegen die Privatangestellten und die Beamten der Eisenbahn, nicht aber die übrigen Beamten und Angestellten des öffentlichen Dienstes⁸¹ an. Mit der nationalsozialistischen Besetzung im Mai 1940 fanden auch diese Kammern durch Integrierung in die Deutsche Arbeitsfront ihr Ende. Sie wurden bereits 1947 über Neuwahlen wieder zum Leben erweckt⁸².

⁷⁵ Gesetz v. 20. 7. 45, StGBI 98/1945; vgl. *Findeis*, aaO, S. 116.

⁷⁶ Es handelte sich um die Land- und Forstarbeiter, für welche im Jahre 1948 erstmals in Oberösterreich eigene Kammern gebildet worden sind.

⁷⁷ Kurz „Arbeiterkammergesetz“, BGBl 105, 239/1954; 89/1960; 236/1965.

⁷⁸ Vgl. *Krisam*, Beteiligung, S. 28; allg. vgl. *Kummer*, Karl, Die Arbeiterkammern in Österreich, in *Das Arbeitsrecht der Gegenwart* 1966/57 f.; ders., Die Stellung der Arbeiterkammern aus der Sicht der zweiten Republik, in *Festschrift für Schmitz*, Hans, Wien—München 1967, Bd. I, S. 122 f., m. w. Nachw.; *Pütz*, Theodor, Verbände und Wirtschaftspolitik in Österreich, Wien 1966, S. 393 f.

⁷⁹ Vgl. *Krisam*, aaO, S. 176 f.

⁸⁰ Im französischen Text wird die Kammer mit „Chambre du Travail“ bezeichnet, also wörtlich übersetzt „Arbeitskammer“; nach den hier getroffenen Unterscheidungen handelt es sich jedoch um eine „reine“ Arbeiterkammer.

⁸¹ Zu den Bestrebungen um eigene Kammern für diese Gruppen vgl. *Krisam*, Beteiligung, S. 177.

⁸² Näheres siehe bei *Urbanek*, Hans, Arbeitnehmerkammern im Gespräch, in *Der Volkswirt* 1961/389 f.

III. Sonstige Länder

In anderen europäischen Ländern bestehen gegenwärtig keine den Arbeitnehmerkammern vergleichbaren öffentlich-rechtlichen Interessenvertretungen für Arbeiter und Angestellte. Allerdings gab es zu Beginn des 20. Jahrhunderts in Frankreich⁸³,⁸⁶ den Niederlanden⁸⁴, in Belgien⁸⁵, Italien⁸⁶ und der Schweiz⁸⁶ bereits ähnliche Institutionen⁸⁷. Heute finden wir in diesen Ländern öffentlich-rechtliche, nicht nur mit Arbeitnehmern besetzte Einrichtungen nach der Art paritätischer überbetrieblicher Räte, genannt Wirtschafts- oder Wirtschafts- und Sozialräte, -kammern oder -ausschüsse⁸⁸.

§ 2 Das Wesen der Arbeitnehmerkammern

A. Rechtsgrundlagen

Die Rechtsgrundlagen für Existenz, Organisation und Tätigkeit der heutigen deutschen *Arbeitnehmerkammern*¹ sind²:

I. in Bremen

— Gesetz über die Arbeitnehmerkammern im Lande Bremen vom 3. Juli 1956 (BremGBI 1965 S. 79), geändert durch das Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Arbeitnehmerkammern im Lande Bremen vom 24. März

⁸³ Vgl. Jay, Raoul, Die Arbeitsräte in Frankreich, Jena 1903 (Schriften der Gesellschaft für soziale Reform, Heft 12).

⁸⁴ Vgl. Harms, Bernhard, Die holländischen Arbeitskammern, Jena 1903 (wie vor).

⁸⁵ Vgl. Varlez, Louis, Die Organisation der Industrie- und Arbeitsräte in Belgien, Jena 1904 (wie vor, Heft 13).

⁸⁶ Vgl. Pinardi und Schiavi, Die italienischen Arbeitskammern; nebst einem Anhang über die Arbeitskammern in der Schweiz und die Arbeitsräte in Frankreich, Jena 1904 (wie vor, Heft 14).

⁸⁷ Zu allen vgl. Brockhaus, Konversationslexikon, Leipzig, Berlin, Wien 1901, Stichwort „Arbeiterkammer“; Harms, Deutsche Arbeitskammern, S. 9 bis 38.

⁸⁸ Ausf. vgl. Krisam, Beteiligung, S. 203 f.

¹ An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, daß in der weiteren Untersuchung anstatt der Begriffe Arbeiter-, Angestellten- oder Arbeitskammern einheitlich der Terminus „*Arbeitnehmerkammer*“ Verwendung finden wird. Einerseits sind die in der (bremischen) Praxis gebräuchlichen Begriffe „Arbeiter-“ und „Angestelltenkammer“ wegen ihrer Bezugnahme auf spezielle Gruppen von Arbeitnehmern nicht als Oberbegriff für sämtliche Institutionen dieser Art geeignet. Zum anderen enthält der Begriff „Arbeitskammer“ eine erhebliche Vermutung für paritätisch besetzte, Arbeit und Wirtschaft durch Einbeziehung auch der Arbeitgeber generell betreffende Gremien, während es hier gerade um Kammern geht, welche allein für Arbeiter oder/und Angestellte, also für „Arbeitnehmer“, konzipiert sind.

² Nach Mitteilung der jeweiligen Kammer.

- 1964 (BremGBI 1964 S. 41) und durch das Gesetz zur Ausführung der Finanzgerichtsordnung vom 23. Dezember 1965 (BremGBI 1965, S. 156)³;
- Satzung der Angestelltenkammer Bremen vom 19. Dezember 1957 (BremGBI 1958 S. 4), geändert am 29. Dezember 1960 (BremGBI 1961 S. 97) und am 30. Dezember 1964 (BremGBI 1965 S. 45);
 - Satzung der Arbeiterkammer Bremen vom 4. Dezember 1957 (BremGBI 1957 S. 169);
 - Wahlordnung für die Wahlen zu den Arbeitnehmerkammern vom 16. Juni 1964 (BremGBI 1964 S. 69);
 - Verordnung über die Einziehung der Beiträge zu den Arbeitnehmerkammern vom 5. Juli 1956 (BremGBI 1956 S. 83);
 - Gebührenordnung der Angestelltenkammer Bremen vom 26. März 1965 (Mitteilungsblatt der Angestelltenkammer 1965, Nr. 2, S. 22).

II. im Saarland

- Gesetz Nr. 846 über die Arbeitskammer des Saarlands vom 30. Juni 1951 (ABl 1951 S. 980), letztmalig geändert durch Gesetz zur Änderung des Gesetzes Nr. 846 vom 5. Juli 1967 (ABl 1967 S. 635)⁴;
- Geschäftsordnung der Arbeitskammer des Saarlands vom 12. Mai 1956;
- Wahlordnung für die Wahlen zur Arbeitskammer des Saarlands vom 19. September 1956 (ABl 1956 S. 1256);
- Verordnung über die Erhebung von Beiträgen für die Arbeitskammer des Saarlands vom 25. Oktober 1968 (ABl 1968 S. 810).

B. Organisation

Die in den Bundesländern Bremen und Saarland bestehenden Arbeitnehmerkammern sind als *Körperschaften des öffentlichen Rechts* organisiert (§ 2 bremArbnKG, § 2 Abs. 1 saarlArbKG). Den Status von Kammerzugehörigen besitzen jeweils alle im Lande beschäftigten männlichen und weiblichen (invalidenversicherungspflichtigen) Arbeiter und (angestelltenversicherungspflichtigen) Angestellten, sowie die hauptberuflichen Gewerkschaftsfunktionäre, nicht dagegen Beamte und Beamtenanwärter (§ 3 Abs. 2 bremArbnKG, § 2 saarlArbKG).

I. *Organe der bremischen Kammern* sind die Vollversammlung, der Vorstand, der Präsident und die Ausschüsse (§ 4 bremArbnKG), deren Amtszeit vier Jahre, die des Vorstands zwei Jahre, beträgt (§ 6 Abs. 4 bremArbnKG). Die 18 Mitglieder der Vollversammlung (§ 6 bremArbnKG) jeder bremischen Kammer werden von den mindestens 18 Jahre alten Kammerzugehörigen gewählt (§ 6 Abs. 3; § 7 bremArbnKG). Wahlvorschläge können von den

³ Abgedr. bei Nipperdey, Hans Carl, Arbeitsrecht (Gesetzessammlung) München o. J., Nr. 553.

⁴ Vgl. Nipperdey, wie vor, Nr. 554.

Gewerkschaften und sonstigen Berufsvereinigungen der Arbeitnehmer eingereicht werden (§ 8 bremArbnKG). Die Vollversammlung wählt aus ihren Reihen den Vorstand, bestehend aus dem Präsidenten, dem Vizepräsidenten und dem Rechnungsführer, sowie höchstens vier Beisitzern (§ 16 bremArbnKG). Die Vertretung der Kammer obliegt dem Präsidenten (§ 20 Abs. 1 bremArbnKG), die laufende Geschäftsführung dem Geschäftsführer (§ 15 Abs. 1 bremArbnKG).

Zur Deckung ihres Finanzbedarfs erhebt jede Kammer *Beiträge*, deren Höhe von der Vollversammlung festgesetzt wird (§ 22 Abs. 1 bremArbnKG) und die der Genehmigung der Aufsichtsbehörde (Senator für Wirtschaft und Außenhandel) bedürfen (§ 25 bremArbnKG). Seit 1. Januar 1970 gilt folgende Regelung: beitragspflichtig sind — ausgenommen die in Privathaushalten Beschäftigten — alle über 18 Jahre alten Kammerzugehörigen, deren Arbeitsentgelt monatlich mindestens DM 200,— (bzw. DM 46,20 wöchentlich und DM 7,70 täglich) beträgt. Die Beiträge werden von den Arbeitgebern über die bremischen Finanzämter an die Kammern abgeführt.

Die Beiträge zur Arbeiterkammer betragen 0,1 % (Angestelltenkammer 0,05 %) des Bruttoarbeitslohns, höchstens jedoch bei Monatslohn DM 1,— (DM 0,80) monatlich, bei Wochenlohnzahlung DM 0,23 (DM 0,18) wöchentlich und bei täglicher Zahlung DM 0,04 (DM 0,03) täglich. Die Arbeiterkammer Bremen verfügt aus diesen Mitteln derzeit über einen Jahreshaushalt von etwa 2 Millionen D-Mark.

II. *Organe der saarländischen Arbeitskammer* sind die Vertreterversammlung und das Präsidium (§ 6 saarlArbKG). Die Vertreterversammlung besteht aus 41 vom Landtag des Saarlands auf fünf Jahre gewählten Mitgliedern (§§ 7, 8 saarlArbKG). Die Wahl erfolgt auf Vorschläge der Gewerkschaften (§ 8 Abs. 1 saarlArbKG) oder einzelner Arbeitnehmer. Letztere müssen der Arbeitskammer zugehören und durch Unterschriften von mindestens 3000 Arbeitnehmern Unterstützung finden (§ 8 Abs. 1, 3 saarlArbKG). Das Präsidium, bestehend aus dem Präsidenten und dem Vizepräsidenten, wird von der Vertreterversammlung auf 8 Jahre bestellt (§ 15 saarlArbKG). Sie wählt zudem aus ihrer Mitte einen Vorstand (§ 10 Abs. 1 saarlArbKG). Die Vertretung der Arbeitskammer obliegt dem Präsidium (§ 16 saarlArbKG). Seine Geschäftsführung wird vom Vorstand der Vertreterversammlung überwacht (§ 10 Abs. 2 saarlArbKG).

Zur Erfüllung ihrer Aufgaben erhebt die Arbeitskammer von den im Saarland beschäftigten Arbeitnehmern — ausgenommen sind Lehrlinge, Anlernlinge und Praktikanten — *Beiträge*. Ihre Höhe wird von der Vertreterversammlung festgesetzt (§ 18 saarlArbKG) und bedarf der Genehmigung der Aufsichtsbehörde, des Ministeriums für Arbeit, Sozialordnung und Gesundheitswesen (§ 3 Abs. 1 saarlArbKG). Gegenwärtig liegt die Beitragshöhe — beginnend mit einem Monatsbruttoverdienst von DM 250,— — bei 0,17 % des Arbeitsentgelts, höchstens jedoch bei monatlich DM 2,—.

Die *Entwürfe* für in anderen Bundesländern geplante Arbeiterkammern⁵ beruhen auf Vorstellungen, die den bremischen und saarländischen Regelungen weithin⁶ gleichen.

⁵ Vgl. Entwürfe eines Gesetzes über die Arbeitskammer im Freistaat Bayern, erstellt von — der Christlich-Sozialen Union in Bayern (Christlich-Soziale Arbeitnehmerschaft, Arbeitskreis „Arbeitskammer“) v. 14. 2. 69, München

C. Tätigkeit der Arbeitnehmerkammern

Tätigkeitsbereiche und Aufgaben der bestehenden Arbeitnehmerkammern sind in den sie betreffenden Gesetzen näher umschrieben. Ohne daß es hierzu des Eingehens auf spezielle Eigen- und Verschiedenheiten der einzelnen Kammern bedürfte, seien die für Wesen und Aktivität derartiger Institutionen *typischen* Merkmale und Agenden skizziert, wie sie auch in den einschlägigen Entwürfen⁷ wiederkehren.

Die den Arbeitnehmerkammern zugewiesenen Angelegenheiten stehen in der Regel unter einem programmatischen gesetzlichen Vorspann. Er spricht von Wahrnehmung und Förderung der sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Belange der Arbeitnehmerschaft, welche im Einklang mit dem Gemeinwohl durchzuführen seien⁸. Die einzelnen Aufgabenbereiche hingegen finden in den betreffenden Gesetzen meist nur sehr allgemeine und beispielhafte („insbesondere“) Darstellungen.

Im wesentlichen lassen sich folgende Schwerpunkte der Tätigkeit von Arbeitnehmerkammern erkennen⁹:

— des Werkvolks (Süddeutscher Verband katholischer Arbeitnehmer) v. 10. 3. 69, München;

vgl. auch Entwürfe eines Arbeitskammergesetzes, eines Gesetzes über den Bundesarbeitskammertag, eines Rahmengesetzes zur Vereinheitlichung des Rechts der Arbeitskammern, alle erstellt von den Sozialausschüssen der Christlich-Demokratischen Arbeitnehmerschaft, Arbeitskreis „Überbetriebliche Mitbestimmung“, Bonn o. J. (1971); vgl. dazu N. N., in *Der saarländische Arbeitnehmer* 1971/283 f.

Weitere Nachweise: vgl. „Veröffentlichungen zur Arbeitnehmerkammer“-Frage (1968—1969), in *Gesellschaftspolitische Kommentare* 1969/250; zu Arbeitnehmerkammern in Rheinland-Pfalz vgl. RdA 1970/206; in Nordrhein-Westfalen vgl. *Der saarländische Arbeitnehmer* 1971/185; umfassend ferner N. N., *Die Arbeitskammer*, hrsg. von der Arbeitskammer des Saarlands, Saarbrücken 1971, S. 63 ff.

⁶ Eine Darstellung der Abweichungen zwischen den einzelnen Entwürfen gibt Peierle, Georg, *Arbeitskammern; Stellungnahmen, kritische Anmerkungen und Änderungsvorschläge zu den aktuellen Geszentwürfen über die Errichtung von Arbeitskammern in den Bundesländern Bayern, Baden-Württemberg sowie der CDU-Sozialausschüsse*, hrsg. vom Schulungsheim der Arbeitskammer des Saarlands, Kirkel 1969.

Vgl. auch Scharrenbroich, Heribert, *Vergleichende Gegenüberstellung von Gesetzen bzw. Geszentwürfen zur Errichtung von Arbeitskammern* (Stand 1. 9. 1969), Königswinter, hrsg. von der Christlich-Sozialen Union, Landesleitung Bayern, München 1969.

⁷ Dazu s. o. Fn. 5, 6.

⁸ Vgl. § 1 Abs. 1 bremArbnKG; § 1 Abs. 2 saarlArbKG; § 1 Abs. 2 CSU-Entwurf (vgl. Fn. 5); § 1 Abs. 2 Werkvolk-Entwurf (vgl. Fn. 5).

⁹ Ausf. Einzelnachweise in: *Aus unserer Arbeit in der Wahlperiode 1965 bis 1968*, hrsg. von der *Arbeiterkammer* Bremen, 1968; *Mitteilungen der Angestelltenkammer Bremen* (enthaltend die jährlichen Rechenschaftsberichte), hrsg. von der *Angestelltenkammer* Bremen; *Die Arbeitskammer des Saarlands, Aufgaben und Tätigkeit*, hrsg. von der *Arbeitskammer* des Saar-

I. Nach *außen* werden die Kammern tätig in der Zusammenarbeit mit, sowie Unterstützung und *Beratung* von Verwaltung und Rechtsprechung in Fachfragen. Diese Aktivität äußert sich vor allem in der Erstattung von Gutachten und Berichten, gegenüber der Exekutive auch durch Einbringung von Anträgen (über die Aufsichtsbehörde) oder Anregungen hinsichtlich angezeigt erscheinender Maßnahmen.

Zugleich erfahren die Kammern damit eine *Beteiligung* an den vielschichtigen Planungsaufgaben des Staates.

Ferner ist die *Einflußnahme* der Arbeitnehmerkammern auf die Gesetzgebung zu erwähnen. Sie genießen das Recht gutachtlicher Stellungnahme zu Gesetzesvorlagen und der Darlegung ihrer Auffassung im Parlament, sofern es um Materien ihrer Zuständigkeit geht. Sinngemäß Gleiches wird den Kammern auch hinsichtlich des Verordnungserlasses seitens der Verwaltung eingeräumt. Darüber hinaus hat die Forderung nach Zubilligung des Gesetzesinitiativrechts für Arbeitnehmerkammern¹⁰ einen konkreten Widerhall bislang nicht erfahren.

Gegenstände derartiger Kammeraktivitäten stellen dar: Fragen der Arbeitsverhältnisse, von Arbeits-, Arbeitnehmer- und Unfallschutz, Sozialversicherung, Arbeitsmarkt, Mitbestimmung und Selbstverwaltung, sowie andere soziale, wirtschaftliche und kulturelle Angelegenheiten der Arbeitnehmer, etwa auf den Gebieten der Wirtschafts-, Sozial-, Verkehrs- und Bildungspolitik, des Wohnungsbaus, der Regional- und Strukturplanung.

Weitere Schwerpunkte der Tätigkeit von Arbeitnehmerkammern zeichnen sich ab in der *Zusammenarbeit* mit Gewerkschaften und Berufsorganisationen der Arbeitnehmer, vor allem zur Koordinierung und Förderung gemeinsamer Aufgaben und Bestrebungen. Zu nennen ist auch die Zusammenarbeit mit den bestehenden Körperschaften von Handel, Handwerk und Landwirtschaft und mit anderen Einrichtungen, wie etwa im Bereich von Arbeitsmedizin, Unfallschutz, Arbeitsplatzsicherung und Rationalisierung mit den Universitäten¹¹.

Schließlich verdient die *Öffentlichkeitsarbeit* der Kammern gesonderte Erwähnung. Sie äußert sich in der Publizierung von Studien und Gutachten¹², sowie in der Verbreitung von Anregungen und Vorschlägen über Massenmedien und Propagandamaterial.

II. Neben den geschilderten, im Außenbereich wirksamen Maßnahmen, erstreckt sich der Großteil aller Kammerbetätigung nach *innen*, also gegenüber den zugehörigen Arbeitnehmern.

Hierunter fällt zunächst die *Beratung* der Arbeitnehmer in wirtschaftlichen und sozialen Belangen sowie auf den Gebieten des Arbeits-, Steuer- und Tarifrechts, etwa durch Individualauskunft, durch allgemeine Information mittels periodischer Mitteilungsblätter¹³, Broschüren und Aufklä-

lands, Saarbrücken 1969 u. 1971; sowie fortlaufende Aufsatzreihe über die Tätigkeit der Arbeitskammer in: Der Saarländische Arbeitnehmer 1972/Heft 1 ff.

¹⁰ So § 3 Ziff. 3 des CSU-Entwurfs (vgl. Fn. 5).

¹¹ Vgl. N. N. in Der saarländische Arbeitnehmer 1971/283.

¹² Vgl. „Der Wohnungsmarkt an der Saar und seine Entwicklung“ hrsg. von der Arbeitskammer des Saarlandes, Saarbrücken 1969.

¹³ Vgl. die monatlich erscheinenden Organe „Der saarländische Arbeitnehmer“, hrsg. von der Arbeitskammer des Saarlandes, Saarbrücken, und

rungsmaterial¹⁴ und schließlich durch Vortragstätigkeit in speziellen Materien.

Weiterhin betreiben die Kammern ausgedehnte Maßnahmen auf den Gebieten der Berufsaus- und -fortbildung, zur *Förderung* des Berufsnachwuchses, der Allgemein- und beruflichen Weiterbildung ihrer Mitglieder und der beruflichen Interessenvertretung. Zu diesen Zwecken werden Angestelltenfachschulen, Lehr- und Umschulungswerkstätten und gewerbliche Berufsbildungswerke unterhalten.

Nicht zuletzt sei die *Betreuung* der Arbeitnehmer aufgeführt, wie sie erkennbar wird in der Darbietung kultureller Veranstaltungen, in Maßnahmen der Sozialtouristik zur Urlaubsgestaltung¹⁵, in der Betreuung von Schülern durch Schülerseminare¹⁶, von Gastarbeitern¹⁷ durch Sprachkurse und durch Aufklärung über Behördenpraxis und Lebensgewohnheiten in Deutschland.

§ 3 Arbeitnehmerkammern als Körperschaften des öffentlichen Rechts

A. Der Begriff „Körperschaft des öffentlichen Rechts“

I. Eingrenzung

Nach gesetzlicher Aussage stellen die Arbeitnehmerkammern Körperschaften des öffentlichen Rechts dar. Dieser Qualifikation ist beizupflichten, wenn die Mindestanfordernisse einer öffentlich-rechtlichen

„Das Recht der Arbeit“, hrsg. von der Kammer für Arbeiter und Angestellte, Wien.

¹⁴ Vgl. die von der *Angestelltenkammer Bremen* herausgegebenen „Texte arbeitsrechtlicher Gesetze für Angestellte“ (z. B. zum Mutterschutzgesetz, zum Bundesurlaubsgesetz, zum Ausbildungsförderungsgesetz, über Kündigungsvorschriften für Angestellte und zum Berufsbildungsgesetz), und die Schriftenreihe mit Titeln wie „Arbeitsrecht“ (von *Großmann*, Ruprecht), „Sozialversicherungsrecht“ (von *Jäger*, Horst) und „Das Streikrecht in der deutschen Seeschifffahrt“ (von *Großmann*, Ruprecht).

Vgl. die von der *Arbeitskammer des Saarlandes*, Saarbrücken, aufgelegten Informationsbroschüren („Lohnsteuer — Vermögensbildung“, „Finanzielle Förderung für Schüler und Studenten [Bundesausbildungsförderungsgesetz]“, „Wohngeld 1971“, „Lohnfortzahlungsgesetz“, „Schulen im Saarland“, „Berufsbildung“ und „Wie finanziere ich den Bau meines Hauses“), *Sonderdrucke* („Arbeitsförderung“, Förderung der beruflichen Ausbildung“, „Arbeits- und Ausbildungsbedingungen saarländischer Lehrlinge“, „Mietrecht“ und „Gleitende Arbeitszeit“) und *Schriftenreihe* (*Peter*, Rudi, Betriebliche Sozialpolitik bei Entlassungen; *Blatt*, Petto, Der Betrieb; *Christmann*, Josef, Wirtschaft in Modellen).

¹⁵ Vgl. N. N., in *Der saarländische Arbeitnehmer* 1971/124 f., 320 f.

¹⁶ Vgl. aaO 1971/12.

¹⁷ Vgl. aaO 1971/304 f.

Körperschaft erfüllt werden. Denn allein die Benennung eines Gebildes besitzt keine Verbindlichkeit für die von Wissenschaft und Rechtsprechung vorzunehmende Einordnung in das dogmatische System juristischer Terminologie¹.

Der Versuch, eine positive Definition des Begriffs „Körperschaft des öffentlichen Rechts“ zu entwickeln, begegnet erheblichen Schwierigkeiten. Das erklärt sich einmal aus der Mannigfaltigkeit der potentiell darunter zu subsumierenden Gebilde, zum anderen aus den grundlegenden Divergenzen über die notwendigen Merkmale dieses Terminus.

Im weitesten Sinn wird der Begriff „Körperschaft des öffentlichen Rechts“ unter Einschluß von Anstalten und Stiftungen, also synonym mit der Sammelbezeichnung „juristische Person des öffentlichen Rechts“ verstanden². Die wohl engste Interpretation erfolgt hingegen dort, wo man dem Terminus der öffentlich-rechtlichen Körperschaft wesensgemäße Ausstattung eines Sozialgebildes mit Hoheitsgewalt und notwendige Teilhabe an der Erledigung staatlicher Aufgaben vindiziert³. Zwischen beiden Definitionen klafft ein weiter Raum, so daß es geboten erscheint, an dieser Stelle die *Mindestanforderungen* des staats- und verwaltungsrechtlichen Begriffs „Körperschaft des öffentlichen Rechts“ herauszuarbeiten.

Zunächst ist aus terminologischen Gründen davon abzugehen, auch Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts dem Terminus der Körperschaft unterzuordnen. Als Oberbegriff für diese Gebilde muß mit der nahezu einhelligen Auffassung vielmehr auf die Bezeichnung „juristische Personen des öffentlichen Rechts“ zurückgegriffen werden. Dazu gehören die (voll-)rechtsfähigen Vereinigungen von Personen, Verwaltungseinrichtungen und Vermögensmassen, welche besonderen Rechtsregeln unterliegen und je nach Situation und Ausgestaltung in Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts unterschieden werden⁴.

II. Mindestanforderungen des Begriffs „Körperschaft des öffentlichen Rechts“

Die Frage nach den Mindestanforderungen der öffentlich-rechtlichen Körperschaft hat sich in erster Linie daran zu orientieren, daß nicht

¹ Vgl. die als „Körperschaft des öffentlichen Rechts“ bezeichnete Bundesanstalt für Arbeit (§ 189 Abs. 1 AFG; dazu s. u. § 11, A. II.) und die Kontroversen um die Qualifizierung der Universitäten.

² Vgl. Art. 34 und Art. 87 Abs. 2 GG.

³ Dazu s. u. § 3, A. II. 3.

⁴ Vgl. *Obermayer*, Verwaltungsrecht, S. 128 f.; ebenso *Forsthoff*, Verwaltungsrecht, S. 450 ff.; *Huber*, E. R., Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I,

alle phänotypischen Merkmale jener Gebilde für den Begriff einer Körperschaft im rechtlichen Sinne wesensnotwendig sind. Vielmehr leitet sich eine Zahl sekundärer und akzessorischer Erscheinungen von bestimmten Primärerfordernissen ab.

1. Mitgliedschaftliche Struktur

Das Wesen einer Körperschaft wird zunächst von ihrer mitgliedschaftlichen Struktur gekennzeichnet⁵. Sie verkörpert den Zusammenschluß eines Kreises von Personen, welche natürlicher wie juristischer Provenienz zu sein vermögen. Unerheblich sind allerdings die Modalitäten sowohl des Zustandekommens als auch der inneren Substanz des jeweiligen Sozialsubstrates. So kann eine genossenschaftliche Vereinigung ebenso in Betracht kommen, wie eine objekthafte Unterwerfung der Mitglieder. Entscheidend für die Körperschaftsqualität ist mithin die Tatsache der Mitgliedschaft und nicht die Ausgestaltung einzelner mitgliedschaftlicher Rechte und Pflichten⁶.

2. Entstehung durch Staatshoheitsakt

Ein weiteres Mindesterfordernis stellt die dem Staat vorbehaltene Identifizierung des betreffenden Verbandes als rechtsfähige⁷ Körperschaft des öffentlichen Rechts dar.

a) Dieser Vorgang zerfällt bei der Neuentstehung von Körperschaften in mehrere Einzelakte, deren erster ihre „Bildung“ (Stiftung, Gründung) herbeiführt⁸. Damit wird die Bestimmung getroffen, daß ein

S. 104 f., 114 f., 182 ff.; *Jellinek*, W., Verwaltungsrecht, S. 173; *Weber*, W., Körperschaften, S. 10 f., 15 f.; ders., HdSW Bd. V, S. 450; *Wolff*, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. I, § 34 I b 2 (S. 212).

⁵ Vgl. *Forsthoff*, Verwaltungsrecht, S. 452 f.; *Nawiasky-Leusser-Schweiger-Zacher*, BV, Art. 55 Rn. 14 (S. 19); *Obermayer*, Verwaltungsrecht, S. 129; *Peters*, Lehrbuch, S. 111; *Reuß*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 89; *Scheuner*, Öff. Körperschaften, S. 801; *Weber*, W., HdSW, Bd. VI, S. 38; *Wolff*, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. II, § 84 II (S. 162 f.).

⁶ Vgl. statt vieler *Forsthoff*, Verwaltungsrecht, S. 453 f.; *Köttgen*, VerwArch 44 (1939) 48 f.: „Leitungsverbände“ im Gegensatz zu „Genossenschaften“.

⁷ Aus dem hier verwendeten Körperschaftsbegriff werden somit ausgeklammert: die nichtrechtsfähigen Körperschaften des Staatsrechts, wie Bundestag und Bundesrat, Gemeinderat und dgl., sowie die Fakultäten, Studentenschaften (vgl. *Wolff*, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. II, § 84 III a, S. 165); weiterhin die nur teilrechtsfähigen Körperschaften des öffentlichen Rechts, wie die Technischen Ausschüsse nach § 24 GewO (vgl. *Wolff*, H. J., aaO und *Bachof*, AöR 83 (1958) 259 f.); wie hier: *Forsthoff*, Verwaltungsrecht, S. 451; *Huber*, E. R., Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 184; *Köttgen*, VerwArch 44 (1939) 10; *Obermayer*, Verwaltungsrecht, S. 129 f.

⁸ Vgl. *Böckenförde*, Organisationsgewalt, S. 47 ff.; *Hohrmann*, Organisation, S. 54 f.; *Klein*, F., ZgGenW 1957/145—152 f. —; *Rasch*, DVBl 1970/765—766—; *Wolff*, H. J., wie vor, § 74 III (S. 53 f.), § 78 II (S. 124).

Gebilde eigener Art als Funktionssubjekt überhaupt bestehen soll. Die konkrete Fortsetzung dieser Maßnahme folgt in der „Errichtung“ jener bereits abstrakt gebildeten Körperschaft⁹. Darunter ist ihre Ausstattung mit einem Zuständigkeitsbereich, also mit Aufgaben (und Befugnissen), sowie die Festlegung des anzuwendenden Verfahrens zu verstehen. Das Tätigwerden der Körperschaft hängt schließlich von ihrer „Einrichtung“ ab, d. h. von der Besetzung mit Menschen als Organwaltern und der Überlassung erforderlicher Sachmittel¹⁰. Ferner stellt die Verleihung des zunächst nur dem Staat zustehenden öffentlich-rechtlichen Status an eine Körperschaft einen besonderen Akt ihrer Entstehung dar¹¹. Sie bringt die Rechtsfähigkeit der Körperschaft und ihre Einbeziehung in das Gefüge der „öffentlichen“ Ordnung zum Ausdruck¹². Konträr zu den einzelnen Entstehungsakten verläuft die Beseitigung einer Körperschaft in den entsprechenden Phasen der Abwicklung, Aufhebung und letztlich Abschaffung¹³ durch Staatshoheitsakt.

Vielfach werden die hier getrennten Entstehungsphasen der Errichtung und Einrichtung unter dem Oberbegriff „Einrichtung“ zusammengefaßt¹⁴. In diesem Sinne dürfte auch der Terminus „Einrichten“ in Art. 83 ff. GG zu verstehen sein¹⁵. Andererseits wird die Auffassung vertreten, das Grundgesetz meine, wenn es etwa in Art. 86 von „Einrichten“ spreche, nur dieses im anfangs dargelegten Sinn, nicht aber zugleich die Errichtung der betreffenden Körperschaft. Da das Grundgesetz wiederholt zwischen den Ausdrücken „Einrichten“ und „Errichten“ variiere, sei anzunehmen, daß beiden Begriffen unterschiedliche Bedeutung zukäme¹⁶.

Dieser Ansicht kann jedoch nicht gefolgt werden. Es ist davon auszugehen, daß das Grundgesetz lediglich im Sprachgebrauch zwischen „Einrichten“ und „Errichten“ wechselt, ohne einen spezifischen Unterschied beider Begriffe zu kennen¹⁷. So ist — ohne daß sachliche Abweichungen

⁹ Vgl. Böckenförde, wie vor, S. 47 f., 49; Leisner, BVB1 1967/329—330—; Rasch, wie vor; Wolff, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. II, § 74 III (S. 54), § 78 III (S. 128 f.).

¹⁰ Vgl. Böckenförde, wie vor, S. 48 ff.; Leisner, aaO; Rasch, aaO, S. 770; Wolff, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. II, § 74 IV (S. 54 f.), § 78 IV (S. 131).

¹¹ Vgl. Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 51; Forstthoff, Verwaltungsrecht, S. 409; s. auch u. § 14, B.

¹² Zur rechtlichen Qualifizierung dieser Einbeziehung in die „öffentliche“ Ordnung, s. u. §§ 8 f., 11 ff.

¹³ Vgl. statt aller: Wolff, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. II, § 74 III—V (S. 54 ff.), § 78 II—IV (S. 128 ff.).

¹⁴ Vgl. Vorlagebeschluß des BayVGh v. 18. 1. 61, 128 IV 58, BVB1 1961/217—218—; zur Diskussion vgl. Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 52 ff.; Haas, Diether, Bundesgesetze über Organisation und Verfahren der Landesbehörden, AöR 80 (1955/56) 81—92 ff.—; Hohrmann, Organisation, S. 54 ff.; Leisner, BVB1 1967/329—330—.

¹⁵ Insbesondere in Art. 86, 87 Abs. 3 GG; vgl. Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 84 Rn. 21 m. w. Nachw.

¹⁶ Vgl. Kratzer, Jakob, Zustimmungsgesetze, AöR 77 (1951/52) 266—268—; Rasch, E., Die Behörde, VerwArch 50 (1959) 1—35—, m. w. Nachw.

¹⁷ Vgl. Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 87 Rn. 46; Schneider, Hans, Körperschaftliche Verbundverwaltung, AöR 83 (1958) 1—18—.

ersichtlich würden — in Art. 87 Abs. 3 GG zweimal die Rede von „Errichten“, in Art. 87 Abs. 1 GG dagegen von „Einrichten“.

Während das Grundgesetz sich ungenau und uneinheitlich ausdrückt, macht Art. 77 BV deutlich, daß diese Verfassung allein und konsequent den Begriff „Einrichten“ verwendet und darunter die beiden Phasen des Errichtens und des Einrichtens im hier dargelegten Sinne zusammen versteht¹⁸.

Wenn auch das Grundgesetz und die Bayerische Verfassung eine gesicherte und übereinstimmende Terminologie vermissen lassen, darf doch nicht verkannt werden, daß es sich inhaltlich um verschiedenartige und daher zu scheidende Phasen der Entstehung von Körperschaften handelt. Diese Unterscheidung der einzelnen Akte ist nicht das Ergebnis eines gekünstelten Scharfsinns¹⁹. Sie entspricht dem natürlichen Vorgang der Behörden- und auch Körperschaftsgründung: nach erfolgter Entscheidung über die Bildung einer Körperschaft kann auf diesem abstrakten Fundament ihre (äußere) Errichtung in Angriff genommen werden. Zur Ausstattung jener konkreten Hülle hat sodann eine kontinuierliche (innere) Einrichtung zu folgen. Indem man also aus dem Begriff der Einrichtung den der Errichtung ausklammert und von beiden den Terminus Bildung trennt, wird das gesamte Geschehen einer (organisations-)rechtlichen Erfassung und Differenzierung zugänglich gemacht.

So ist es nicht auszuschließen, daß für die Wahrnehmung der jeweiligen organisatorischen Einzelmaßnahmen auch unterschiedliche Staatsorgane in Betracht kommen können²⁰.

b) Die den Gegenstand dieser Untersuchung bildenden Körperschaften stellen sich als Subjekte des öffentlichen Rechts dar. Weil sie im Rechtssinne nicht automatisch wie natürliche Personen entstehen, bedürfen sie im Gegensatz zu diesen eines rechtlich qualifizierten Schöpfungsvorganges, den seinerseits nur ein kompetentes Subjekt des öffentlichen Rechts vornehmen kann²¹. Dieses notwendigerweise höher-rangige Subjekt ist gegenüber den juristischen Personen des öffentlichen Rechts der Staat selbst²². Denn nur der Staat hat die Befugnis, über das Öffentlich-Rechtliche bzw. den öffentlich-rechtlichen Status zu verfügen²³.

Die Etablierung einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft bedingt folglich das Vorliegen eines Staatshoheitsaktes²⁴. Ohne daß es bereits

¹⁸ Vgl. Nawiasky, BV, Art. 77.

¹⁹ So jedenfalls von Mangoldt, GG, Art. 84 Erl. 2.

²⁰ Dazu s. u. § 12, C. I.

²¹ Vgl. Jellinek, G., System, S. 266.

²² Die Tatsache, daß gemäß Art. 137 Abs. 5 S. 3 WV (Art. 140 GG) die Religionsgemeinschaften in ihrer Eigenschaft als Körperschaften durch Zusammenschluß neue derartige Verbände bilden können, steht dem nicht entgegen, sondern erklärt sich aus ihrer Sonderstellung außerhalb der Staatsorganisation, vgl. Scheuner, Öff. Körperschaften, S. 104; ausf. s. auch u. § 14 und § 12. C. I.

²³ Vgl. Krüger, H., Allg. Staatslehre, S. 874; s. auch u. § 11, Fn. 53.

²⁴ Vgl. Bachof, AöR 83 (1958) 208—252—; Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 32 f., 51 f.; Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 458; Laforet, Verwaltungsrecht, S. 191; Klein, F., ZgGenW 1957/145—146 f., 152 ff.—; Krüger, H., Das beson-

hier auf die Erörterung seiner rechtlichen Modalitäten ankommt²⁵, ist jedenfalls eine abstrakte Entstehung von Körperschaften des öffentlichen Rechts „kraft Wesens“²⁶ oder auf Grund „Herkommens“²⁷ abzulehnen²⁸.

Die Billigung jener Lehre verbietet sich insbesondere wegen der Gefahr weiterer Aufweichung des ohnehin kaum überschaubaren und mühevoll konsolidierten Bereiches der Körperschaft des öffentlichen Rechts. Im übrigen wird die kritisierte Ansicht auch nicht in voller Konsequenz durchgehalten. Denn man verzichtet am Ende doch nicht auf den Nachweis staatlicher Duldung und Anerkennung²⁹ der „kraft Wesens“ oder „Herkommens“ entstandenen Körperschaft. Damit zeigt sich, daß auch bei althergebrachten, vorkonstitutionellen Körperschaften ein auf die Zuordnung oder Belassung des öffentlich-rechtlichen Status bzw. bestimmter Aufgabenstellungen gerichteter Sanktionierungsakt des Staates nachweisbar ist.

3. Aufgabenstellung der Körperschaft

Schließlich verlangt der Körperschaftsbegriff die Zuweisung einer bestimmten Aufgabenstellung³⁰ im Sinne eines zur Wahrnehmung überlassenen und aufgetragenen Sachbereiches — ein Erfordernis, bei dem das öffentliche Recht die Frage nach den mit „Aufgaben“

dere Gewaltverhältnis, VVDStRL 15 (1957) 109—119—; *Leisner*, BVBl 1967/329; *Martens*, Öffentlich, S. 116; *Mayer*, O., Verwaltungsrecht, Bd. II, S. 333 f.; *Molitor*, Öff. Recht und Privatrecht, S. 37, 39; *Peters*, Lehrbuch, S. 104, 108; *Reuß*, Grundrechte, Bd. III/1, S. 113, Fn. 72; ders., Verfassungsrechtliche Grundsätze zum Organisationsrecht der Wirtschaft, DVBl 1953/684—686—; *Scheuner*, Öff. Körperschaften, S. 804; *Weber*, W., Körperschaften, S. 28 f., 69; ders., HdSW Bd. V, S. 451; *Wolff*, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. II, § 84 II b (S. 163).

²⁵ Dazu s. u. §§ 11, 12 (dort insbes. unter C. I.).

²⁶ Für wirtschaftliche Verbände vgl. *Huber*, E. R., Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 106 f., 275 f.; Bd. II, S. 755; v. *Turreg-Kraus*, Verwaltungsrecht, S. 84.

²⁷ Für Gemeinden und Kirchen vgl. *Nebinger*, Verwaltungsrecht, S. 130; für die parlamentarischen Fraktionen vgl. *Moecke*, Hans-Jürgen, Die Rechtsnatur der parlamentarischen Fraktionen, NJW 1965/276—280 f.—; ders., Die parlamentarischen Fraktionen als Vereine des öffentlichen Rechts, NJW 1965/567 f.

²⁸ Vgl. *Brohm*, Strukturen, S. 216; *Forsthoff*, Verwaltungsrecht, S. 458; *Reuß*, Grundrechte, Bd. III/1, S. 119; *Scheuner*, Öff. Körperschaften, S. 807; *Weber*, W., Körperschaften, S. 37, 66 f., 82 f.

²⁹ Vgl. *Huber*, Ernst Rudolf, Zum Begriff der Körperschaft des öffentlichen Rechts, RVBl 61 (1940) 613—615—; ders., Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 106 f., 275 ff.; *Nebinger*, Verwaltungsrecht, S. 130.

³⁰ Zum Merkmal der Aufgaben- bzw. Pflichtstellung bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts allgemein *Rosin*, Heinrich, Das Recht der öffentlichen Genossenschaft, Freiburg 1886, S. 16 f.; *Wolff*, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. II, § 72 I (S. 12 f.).

korrespondierenden „Befugnissen“ nahelegt. An diesem Begriffspaar formieren sich denn auch zwei Auffassungen zur juristischen Kategorie „Körperschaft des öffentlichen Rechts“³¹.

Einmal wird die öffentlich-rechtliche Körperschaft dadurch charakterisiert, daß sie an Hoheitsgewalt³² und staatlichen Funktionen partizipiere und infolgedessen notwendig dem Aufgaben- und Organisationsbereich des Staates, ja der mittelbaren Staatsverwaltung angehöre³³. Es handelt sich ersichtlich um einen *engen* Begriff der Körperschaft.

Der *weitere* Begriff sieht hingegen von spezifisch materiellen Erfordernissen der geschilderten Art ab. Für ihn ist relevant, daß die in Frage kommenden Gebilde Rechtsfähigkeit besitzen, also Träger von Rechten und Pflichten sind³⁴. Eine notwendige funktionelle Zugehörigkeit der öffentlich-rechtlichen Körperschaft zum Staat wird indes nicht gefordert. Maßgeblich für die Zuerkennung der Körperschaftsqualität ist hiernach in erster Linie die ausdrückliche, formelle Statuierung eines mitgliedschaftlich strukturierten Verbandes als (rechtsfähige) Körperschaft des öffentlichen Rechts.

Wenn auch der enge, materielle Körperschaftsbegriff in der Lehre vorherrscht und der weitere „darüber verblaßt“³⁵, so wird im Rahmen dieser Abhandlung der Vorzug doch dem quantitativ unterlegenen Verständnis eingeräumt.

Der Versuch einer begriffswesentlichen und damit pauschalen Identifizierung der öffentlich-rechtlichen Körperschaften mit dem Staat, und speziell der mittelbaren Staatsverwaltung, erweckt bereits deshalb gewichtige Zweifel, weil letzterer Bereich noch keineswegs so geklärt und gesichert ist, daß er als ausschlaggebendes Kriterium für den Begriff der Körperschaft herangezogen werden dürfte³⁶. Auch fehlt eine allgemein anerkannte Lösung des Verhältnisses zwischen mittelbarer Staats- und Selbstverwaltung³⁷.

³¹ Zur Zweispurigkeit des Körperschaftsbegriffs vgl. Weber, H., Religionsgemeinschaften, S. 46 f., 50 f.; Weber, W., HdSW Bd. VI, S. 39.

³² Dieser Körperschaftsbegriff wird notwendig mit der Anwendbarkeit öffentlich-rechtlicher Zwangsmittel, der Kompetenz zum Erlaß von Verwaltungsakten, der Dienstherrenfähigkeit und dgl. mehr verknüpft.

³³ Vgl. Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 455 f.; Klein, F., ZgGenW 1957/145—146 f.—; Köttgen, VerwArch 44 (1939) 15, 20 f. und passim; Mayer, F., Verwaltungsrecht, S. 47 f.; Peters, Lehrbuch, S. 108 ff.; Quidde, DÖV 1958/521; Weber, W., Körperschaften, S. 11 f., 79; ders., Zwangsversorgungseinrichtungen, S. 16; ders., HdSW Bd. VI, S. 39—40—.

³⁴ Zur Rechtsfähigkeit vgl. Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 451; Marré-Schließ, NJW 1965/1514—1515—; Peters, Lehrbuch, S. 104; Scheuner, Öff. Körperschaften, S. 812.

³⁵ Vgl. statt vieler Weber, W., HdSW Bd. VI, S. 39.

³⁶ Vgl. Vogel, Öff. Wirtschaftseinheiten, S. 98.

³⁷ Dazu s. u. § 11, C.

Ferner geht die geforderte Identifizierung zwischen der Körperschaft des öffentlichen Rechts und dem Funktionsbereich des Staates an den Realitäten und der Existenz eines nicht unerheblichen Bestandes von Organisationen achtlos vorüber, welche — ohne diese spezifische, materiell-funktionelle Identität zu besitzen — nicht nur als öffentlich-rechtliche Körperschaften gelten oder zu behandeln sind, sondern innerhalb der Rechtsordnung ausdrücklich als solche verfaßt wurden und auftreten.

Diese Behauptung bedarf nicht des Hinweises auf die ohnehin anerkannte Sonderstellung der Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts. Vielmehr hat der Staat eine Reihe weiterer Gebilde präzise als juristische Personen bzw. Körperschaften des öffentlichen Rechts fixiert, denen weder hoheitliche Befugnisse noch die Teilhabe an Staatsaufgaben eignen. Ohne daß diese Erkenntnis hier näher vertieft werden soll³⁸, sei vorerst nur hingewiesen auf Erscheinungen wie das Bayerische Rote Kreuz, die kommunalen Spitzenverbände in Bayern, den Bayerischen Jugendring und den Bayerischen Bauernverband, welche sämtlich Rechtsfähigkeit besitzen und als Körperschaften des öffentlichen Rechts statuiert sind.

Der weite, formelle Begriff der Körperschaft des öffentlichen Rechts ist folglich auch in juristischer Hinsicht „gesellschaftsfähig“. Er verlangt neben einem mitgliedschaftlichen *Substrat* und einer besonderen — jedenfalls nicht notwendig hoheitsbewehrten staatlichen — *Aufgabenstellung* die spezifische Ausstattung des jeweiligen Verbandes mit dem *Status* einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft³⁹. Einerseits läßt diese formell-empirische Begriffsbestimmung alle Wege zu einer weitergehenden rechtsdogmatischen Analyse und Differenzierung der jener Kategorie zu subsumierenden Gebilde offen⁴⁰. Andererseits wird die unsachgemäße Verleugnung existierender Körperschaften des öffentlichen Rechts vermieden.

³⁸ Dazu ausf. s. u. §§ 9, 11, 12.

³⁹ Vgl. *Brohm*, Strukturen, S. 154; ebenso *Forsthoff*, noch in *Öff. Körperschaft*, S. 5, 115; a. A. aber neuerdings, vgl. *Verwaltungsrecht*, S. 455, wo indessen die Grenzen der engen, materiellen Begriffsbestimmung zugestanden werden (aaO, S. 409, 457 f.); *Huber*, E. R., Verträge, S. 48; *Laufke*, Staatslexikon, Bd. V, S. 50 f.; *Martens*, Öffentlich, S. 114; *Obermayer*, Verwaltungsrecht, S. 129; *Nawiasky-Leusser*, BV, 1. Aufl., Art. 143 (S. 226); *Reuß*, Grundrechte, Bd. III/1, S. 123 f.; *Rosin*, Heinrich, Das Recht der öffentlichen Genossenschaft, Freiburg 1886, S. 16 f.; *Sauer*, Selbstverwaltung, S. 142; *Scheuner*, Öff. Körperschaften, S. 807, 812; *Wolff*, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. II, § 84 II b (S. 163 f.).

⁴⁰ Ausf. s. u. §§ 8 f., 11 ff.

III. Sekundärmerkmale des Körperschaftsbegriffs

Neben den Mindestanforderungen sind vom öffentlich-rechtlichen Status bzw. von etwa verliehener Hoheitsgewalt abgeleitete *Zwangsbefugnisse*⁴¹ und alle sonstigen dienst-, haftungs-, haushalts-, zwangsvollstreckungs- und steuerrechtlichen *Privilegien*⁴² für den Körperschaftsbegriff nur von sekundärer Bedeutung⁴³.

Selbst die Errichtung der *Staatsaufsicht* macht das Wesen von Körperschaften des öffentlichen Rechts nicht notwendig aus⁴⁴. Vielmehr stellt auch sie eine Folgeerscheinung des öffentlichen-rechtlichen Status bzw. der im Einzelfall übertragenen materiellen Hoheitsrechte und der Teilhabe an der Erledigung staatlicher Aufgaben dar. Denn im Verfassungsstaat erhöhen sich in Relation zur Einräumung von Hoheitsposition an „unter“staatliche Verwaltungsträger auch die der unmittelbar staatlichen Aufsicht (und ggf. Leitung) unterworfenen Pflichten⁴⁵.

Schließlich vindiziert man als essentielles Wesensmerkmal der Körperschaft des öffentlichen Rechts ihre sog. *Daseinsnotwendigkeit*⁴⁶. Da-

⁴¹ Zum Beispiel Zwangsmitgliedschaft und Zwangsbeiträge; vgl. Körperschaften, welche auf freiwilliger Mitgliedschaft beruhen, wie die Innungen; zur freiwilligen Zugehörigkeit zur Postbeamtenkrankenkasse als öffentlich-rechtlicher Körperschaft vgl. *Württ.-Bad.VGH*, Urt. v. 20.1.55, 2 S 145/54, *ESVGH* 4/186—188—; statt vieler vgl. auch *Forsthoff*, Verwaltungsrecht, S. 452.

⁴² Vgl. §§ 31, 89 BGB (Haftung); § 1936 BGB, Art. 138, 139 EGBGB (Erbrecht); §§ 17, 22 ZPO (Gerichtsstand); § 4 EGZPO (Rechtsweg); §§ 882 a Abs. 3 ZPO, 15 Ziff. 3 EGZPO (Zwangsvollstreckung); § 1006 Abs. 3 ZPO (Aufgebotsverfahren); § 61 Nr. 2, 3 KO (Konkursvorrecht); § 170 Abs. 1, 2 VwGO, Art. 27 BayVwZVG (Vollstreckungsbefugnis für juristische Personen des öffentlichen Rechts „soweit sie Verwaltungsakte erlassen können“); Art. 1 Abs. 1 BayVwZVG (Verwaltungszustellung); Art. 1 BayBG, § 121 Nr. 2 BRGG (Dienstherrenfähigkeit: in Verbindung damit §§ 114, 132 StGB); § 18 LAG; § 4 Abs. 1 (Nr. 6) KStG.

⁴³ Vgl. *Huber*, E. R., Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 183; Verträge, S. 48; *Laufke*, Staatslexikon Bd. V, Sp. 50 f.; *Marré-Schlieff*, NJW 1965/1514—1515—; *Molitor*, Öff. Recht und Privatrecht, S. 36 f., 38; *Mikat*, Grundrechte, Bd. IV/1, S. 164; *Obermayer*, Verwaltungsakt, S. 60 f.; *Weber*, W., Körperschaften, S. 21; *Wolff*, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. II, § 84 II b (S. 164); eine ausführliche Zusammenstellung der zahlreichen Lehrmeinungen, insbesondere aus der älteren Literatur, findet sich bei *Forsthoff*, Verwaltungsrecht, S. 451 f. (Fn. 7).

⁴⁴ Vgl. *Huber*, E. R., Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 105; *Mayer*, O., Verwaltungsrecht, Bd. II, S. 331, Fn. 18; *Mielke*, Abgrenzung, S. 117 f., 122, 132; *Mikat*, Grundrechte, Bd. IV/1, S. 160; *Sauer*, Selbstverwaltung, S. 145; *Weber*, W., Körperschaften, S. 23 f., mit der allerdings wenig überzeugenden Begründung, daß auch zahlreiche Private staatlicher Aufsicht unterliegen, z. B. im Falle der versicherungs-, gewerberechtlichen und wirtschaftslenkenden Aufsicht. Die hier angeschnittene Staatsaufsicht verkörpert jedoch eine spezifische, über die allgemeine Vereins- und Ordnungsaufsicht hinausgehende Kontrolle durch den Staat, s. auch u. § 11 (C. III. 2.), § 12 (C. III.).

⁴⁵ Vgl. *Köttgen*, HdSW Bd. IX, S. 738—739—.

⁴⁶ Vgl. *Jellinek*, W., Verwaltungsrecht, S. 174.

nach wird die Körperschaft als eine im Gegensatz zum privaten Verein vom Staat geschaffene Einrichtung betrachtet, welche zur Selbstauflösung nicht befugt ist⁴⁷. Doch auch dieses Kriterium kann für den Körperschaftsbegriff nicht als wesensnotwendig akzeptiert werden. Denn das Verbot der Selbstauflösung erweist sich lediglich als logische Folge der ausschließlich staatlichen Schöpfungs- und Verfügungskompetenz über solche Gebilde bzw. ihren öffentlich-rechtlichen Status⁴⁸.

IV. Definition

Eine Bestimmung des Rechtsbegriffs der Körperschaft des öffentlichen Rechts hat unter den erörterten Gesichtspunkten Abstand zu nehmen sowohl von der geschilderten weitesten (Oberbegriff für Körperschaften, Anstalten und Stiftungen) wie auch der engen Definition (wesensgemäße Ausstattung mit Hoheitsbefugnissen und Teilhabe an Staatsaufgaben).

Körperschaften des öffentlichen Rechts stellen nach alledem öffentlich-rechtliche Vereinigungen dar, die zur Erfüllung bestimmter Aufgaben mitgliedschaftlich organisiert sind und ein Sozialgebilde als Substrat besitzen⁴⁹. Auf die Probleme, welche sich dieser Definition anschließen und für eine weiterführende dogmatische Analyse und Differenzierung der öffentlich-rechtlichen Körperschaften sowohl Anstoß geben als auch Raum lassen, wird in späterem Zusammenhang einzugehen sein⁵⁰.

Jedenfalls ist bei Zugrundelegung der entwickelten Begriffsbestimmung die gesetzliche Qualifikation von *Arbeitnehmerkammern* als Körperschaften des öffentlichen Rechts bestätigt. Sie verkörpern Gebilde, die auf dem Sozialsubstrat „Arbeitnehmerschaft“ beruhen. Der öffentlich-rechtliche Status ist seitens des Staates (Gesetzgebers) ausdrücklich zuerkannt. Desgleichen sind bestimmte Aufgaben zur Wahrnehmung und Erledigung angewiesen.

⁴⁷ Nur in dieser Richtung versteht *Jellinek*, W., aaO, das Kriterium der Daseinsnotwendigkeit; nicht bezieht er es dagegen — wie *Quidde*, DÖV 1958/521 f., *Gass*, DÖV 1960/778 und *Großmann*, RdA 1968/297 irrig annehmen — auf die Frage nach Voraussetzungen und Zulässigkeit von Körperschaftsgründungen; vgl. *Bachof*, AöR 83 (1958) 208—272—; *Forsthoff*, Verwaltungsrecht, S. 459; *Huber*, E. R., Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 105; *Thieme*, Subsidiarität, S. 22 f.; ebenso *BVerwG*, Urt. v. 25. 2. 66, VII C 72/64, BVerwGE 23/304—307—;

zum Merkmal der Erforderlichkeit bei *zwangsweisen* Körperschaftsgründungen und -beschlüssen s. u. § 20.

⁴⁸ Vgl. *Huber*, E. R., Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 105; *Molitor*, Öff. Recht und Privatrecht, S. 38; *Scheuner*, Öff. Körperschaften, S. 812; *BVerfG*, Beschl. v. 6. 11. 62, 2 BvR 151/60, BVerfGE 15/46—47— m. w. Nachw.

⁴⁹ Vgl. *Obermayer*, Verwaltungsrecht, S. 129.

⁵⁰ s. u. §§ 8 f., 11 ff.

B. Rechtsbegriff und Organisationsform der „Kammer“

I. Entwicklung

Zur Darstellung der inneren, organisatorischen Struktur von Arbeitnehmerkammern ist eine Beleuchtung des Begriffs „Kammer“ angezeigt. Organisationsform und Rechtsbegriff der Kammern entstanden um die Mitte des 19. Jahrhunderts, als sich aus den ehemaligen kaufmännischen Gilden und anderen ständischen Organisationen Industrie- und Handelskammern, Gewerbekammern und schließlich Handwerkskammern entwickelten⁵¹.

Ihre Aktivität erschöpfte sich anfangs in der Wahrnehmung von Informations- und Beratungsfunktionen gegenüber den Regierungen — Aufgaben, deren Erfüllung seit der Eliminierung der Stände aus dem Staat im Argen lag. Der logische Schritt zu staatsrechtlicher und verwaltungspolitischer Emanzipation konnte nur eine Frage der Zeit bleiben. So hatten die Kammern um die Jahrhundertwende schließlich die Wandlung zur staatlich sanktionierten Interessenvertretung⁵² und die Zurückdrängung staatlicher Reglementierung durch Entwicklung von Formen der Selbstdisziplin⁵³ erreicht.

Heute verkörpern sie durchweg⁵⁴ mit Pflichtzugehörigkeit und Selbstverwaltungsrechten ausgestattete öffentlich-rechtliche Berufsvertretungen bzw. Standesorganisationen, deren historische und funktionale Bedingtheit eine Differenzierung in zwei Richtungen evident macht: einmal stellen sich die Kammern dar als Organe der *Standesaufsicht* mit vom Staat delegierter Hoheitsgewalt, zum anderen als staatlich anerkannte *Standesvertretungen* mit umfassender Kompetenz für alle Standesfragen⁵⁵. Bei Arbeitnehmerkammern rückt ersichtlich das letztere Moment der Interessenvertretung in den Vordergrund⁵⁶.

II. Arbeitnehmerkammern als öffentlich-rechtliche Berufsverbände

Die Bezeichnung „Arbeitnehmerkammer“ legt nahe, diese Gebilde innerhalb des weiten Feldes der Körperschaften als öffentlich-rechtliche Berufs-

⁵¹ Vgl. statt vieler *Bremer*, Kammerrecht, S. 1 ff.; *Keucher*, Johannes, Geschichtliche Entwicklung und gegenwärtiger Stand des Kammer-Systems, Diss. Halle—Wittenberg 1931; *Most*, Selbstverwaltung, S. 20 ff.; *Stödter*, Rolf, Über die Handelskammern — Geschichte und Organisation, Hamburger Festschrift für Friedrich Schack, 1966, S. 143 ff.

⁵² Insbesondere bei den Kammern der Wirtschaft.

⁵³ Insbesondere bei den Kammern der freien Berufe.

⁵⁴ Bei gelegentlichen Ausnahmen, vgl. die „Landesbauernkammer“ innerhalb des Bayerischen Bauernverbandes, dazu s. u. § 12, B. III.

⁵⁵ Vgl. *Redeker*, DVBl 1952/201—303—.

⁵⁶ s. o. § 2, C., ausf. s. u. § 21.

verbände anzusprechen. Das wesentliche Kriterium solcher Organisationen besteht in der Gemeinsamkeit des von ihren Mitgliedern ausgeübten Berufes⁵⁷.

Insofern ergeben sich im Hinblick auf Arbeitnehmerkammern aber terminologische Schwierigkeiten, da die Eigenschaft „Arbeitnehmer“ zu sein, keine spezifische Beziehung zu einem bestimmten Beruf ausdrückt. Begrifflich braucht ein Berufsverband jedoch nicht nur Personen aus einem und demselben Beruf zu erfassen. Unter dem Aspekt der Identität mit der Bezeichnung „berufsständische Kammer“ erweist sich, daß auch Angehörige mehrerer Berufe, Berufsgruppen oder eines Wirtschaftszweiges als „Berufsstand“ zu einem Berufsverband vereinigt werden können⁵⁸. Denn die Gründung etwa eigener Stenotypisten-, Bierführer-, Raumpfleger-, Pfarrhaushalterinnen- oder Verkaufsberaterkammern wäre aus Rationalitätsgründen gewiß abzulehnen.

Zur begrifflich faßbaren Einordnung von Angehörigen verschiedener Berufe in einem Berufsverband ist allerdings erforderlich, daß es sich bei den potentiellen Verbandsmitgliedern zumindest um einen be- und abgrenzbaren Teil der Gesamtbevölkerung handelt, der gemeinsame berufliche Eigenschaften und Interessen besitzt.

Diese Voraussetzungen sind bei den Arbeitnehmerkammern (Arbeiter-, Angestelltenkammern) erfüllt, als ihnen Personen zugehören, welche abhängige Arbeit leisten und zur Arbeitnehmerschaft (Arbeiter-, Angestelltenschaft) gezählt werden⁵⁹: in dieser Tatsache ist auch die elementare Gemeinsamkeit ihrer sozialen und ökonomischen Interessen begründet⁶⁰. Arbeitnehmerkammern fallen somit unter die öffentlich-rechtlichen Berufsverbände, die Berufskammern.

III. Mitglieds- und Repräsentativkörperschaften

Die organisatorische und funktionelle Stellung der Kammermitglieder charakterisiert sich nach der Gestaltung und den Modalitäten ihrer Zugehörigkeit. Sie ist ausschlaggebend für die Einteilung von Berufsverbänden — hier auch für die Einordnung der Arbeitnehmerkammern — in die Sparten der Mitglieds- und/oder der Repräsentativkörperschaften.

⁵⁷ Vgl. Ärzte-, Zahnärzte-, Tierärztekammern.

⁵⁸ Vgl. Huber, E. R., Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 204; Weber, W., Körperschaften, S. 51.

⁵⁹ Zu den Begriffen des Arbeitnehmers, Arbeiters und Angestellten vgl.: Heyde, Ludwig, Stw. Angestellter, HdSW Bd. I, Tübingen, Göttingen 1956, S. 198 ff.; Hueck, Alfred — Nipperdey, Hans Carl, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I, 7. A. 1963, Berlin und Frankfurt/M., S. 34 ff., 69 ff.; Maus, Heinz, Stw. Arbeiter, HdSW Bd. I, wie vor, S. 234 ff.; Nikisch, Arthur, Arbeitsrecht, Bd. I, 3. Aufl., Tübingen 1961, S. 91 ff., 125 ff.; alle mit ausf. Nachweisen.

⁶⁰ Deshalb besteht nach Zacher, Arbeitskammern, S. 36 auch kein Anlaß, an der Vereinbarkeit des Zusammenschlusses verschiedenster Berufsgruppen in Arbeitnehmerkammern mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG („gleichheitsgerechte Repräsentation der Arbeitnehmer“) zu zweifeln; s. auch Großmann, RdA 1968/297—308—; Scheuner, Öff. Körperschaften, S. 818 f.

Das spezifische Abgrenzungskriterium zwischen beiden Arten besteht im *Grad* der *Teilhabe* des einzelnen an Willensbildung und -äußerung seines Verbandes. Es leuchtet ein, daß im Fall der Arbeitnehmerkammern, bei der großen Zahl von Arbeitnehmern, eine Mitwirkung aller an den entscheidenden Funktionen der Kammer schlechterdings unmöglich ist. Deshalb kennen Arbeitnehmerkammern auch keine unmittelbare *Vollversammlung* sämtlicher Kammerunterworfenen, wie es für die Bejahung einer echten Mitgliedskörperschaft Voraussetzung wäre⁶¹. Vielmehr besteht eine sog. *Vertreterversammlung*⁶², in welcher die Arbeitnehmer durch eine bestimmte Zahl gewählter⁶³ Repräsentanten⁶⁴ mittelbar vertreten werden. Diese müssen nicht zugleich oder ausschließlich dem Organisationszwang unterliegende Arbeitnehmer sein, sondern können auch anderen sozialen Gruppen zugehören: dann nehmen sie allerdings nur die Stellung von Mitgliedern der einzelnen Vertreterversammlung ein⁶⁵.

Arbeitnehmerkammern sind im Ergebnis unter die sog. *Repräsentativkörperschaften*⁶⁶ einzureihen. Folgerichtig besitzen die in ihnen

⁶¹ So in der Regel die Kammern der freien Berufe: Ärztekammern in Rheinland-Pfalz, alle Rechtsanwalts- und Notarkammern, ebenso die Handwerkskammern (§§ 90 ff. HdwO) und die Industrie- und Handelskammern (obwohl § 2 Abs. 1 IHKG davon spricht, daß alle Betriebsinhaber „Kammerzugehörige“ seien, handelt es sich doch um „Mitglieder“ im hiesigen strengen Sinn; vgl. dazu BVerfG, Beschl. v. 19. 12. 62, 1 BvR 541/57, BVerfGE 15/235—243—);

zu Mitgliedskörperschaften näher: Fröhler, Staatsaufsicht, S. 11; Huber, E. R., Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 204; Klein, F., ZgGenW 1957/145—151 f.—.

⁶² Welche manchmal auch ungenau „Vollversammlung“ genannt wird, vgl. §§ 4 ff. bremArbnKG.

⁶³ In Bremen wählen die kammerunterworfenen Arbeitnehmer (§§ 6 Abs. 3, 7 bremArbnKG), im Saarland wählt der Landtag (§ 8 Abs. 1 saarlArbKG); s. auch o. § 2, B.

⁶⁴ Im Gegensatz zur „allgemeinen“ Pflichtzugehörigkeit bei einer Repräsentativkörperschaft ist diesen Repräsentanten mitunter eine zusätzliche Leistungspflicht als Zwang zur Ausübung ihres Amtes auferlegt. Die Frage nach der Zulässigkeit des Zwanges zur Übernahme einer solchen Funktion erörtert Vossieg, Zwangsgliedschaft, S. 89 f.

⁶⁵ So sind in Bremen hauptberufliche Vertreter der Gewerkschaften und ihrer Verbände zur „Voll“-versammlung der Arbeitnehmerkammern wählbar, selbst wenn sie diesen ansonsten als Arbeitnehmer überhaupt nicht zugehören (§ 10 Abs. 2 bremArbnKG). Im Saarland dagegen können vom Landtag nur echte Kammerzugehörige auch in die Vertreterversammlung gewählt werden (§ 7 Abs. 3 saarlArbKG).

⁶⁶ So Ärztekammern in Bayern, Landwirtschaftskammern in Nordrhein-Westfalen (im Gegensatz zu der bayerischen Landesbauernkammer, s. u. § 12, B. III., „echte“ öffentlich-rechtliche Körperschaften!).

Zu Repräsentativkörperschaften näher: Huber, E. R., Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 204; Sauer, Selbstverwaltung, S. 147; Wolff, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. II, § 84 III d 5 (S. 168) spricht von Kollegialkörperschaften;

BVerfG, Beschl. v. 20. 2. 57, 1 BvR 413, 422/53, BVerfGE 6/246—252 f.—spricht vom Gegensatz zwischen „Gesamt- und Vertretungskörperschaften“;

organisierten Arbeiter und Angestellten auch keinen Mitgliedschaftsstatus im strengen juristischen Sinn. Es handelt sich vielmehr um eine der mittelbaren bzw. repräsentativen Demokratie in Staat und Gemeinde vergleichbare „An-“ bzw. „Zugehörigkeit“ zur Kammer.

Die für Körperschaften des öffentlichen Rechts begriffsnotwendige „mitgliedschaftliche“ Struktur der Arbeitnehmerkammern wird dadurch aber nicht in Frage gestellt. Zwar besitzen die Arbeitnehmer in diesen Kammern eine Zwischenstellung zwischen genossenschaftlicher Eingliederung und objekthafter Unterwerfung. Zwischen „Mitgliedschaft“ im strengen Sinn und bloßer An- oder Zugehörigkeit besteht jedoch ein nur gradueller, für den Körperschaftsbegriff unschädlicher, nicht aber ein grundsätzlicher Unterschied⁶⁷.

Wie bei der „Mitgliedschaft“ des Bürgers im Staat von „Staatsangehörigkeit“ die Rede ist, gebietet das Interesse an einer präzisen Ausdrucksweise, bei Repräsentativkörperschaften nach Art der Arbeitnehmerkammern anstatt des Terminus „Zwangsmitgliedschaft“ den Begriff „Pflichtzugehörigkeit“ vorzuziehen.

§ 4 Zwangsbefugnisse der Körperschaften des öffentlichen Rechts

A. Untersuchungsschwerpunkt „Pflichtzugehörigkeit“ bzw. „Zwangsmitgliedschaft“

Im Organisations- und Beitragszwang von Arbeitnehmerkammern zeigen sich zwei für einen Großteil öffentlich-rechtlicher Körperschaften typische Phänomene. Ohne daß es seitens des einzelnen Rechtssubjekts in solchen Fällen eines ausdrücklichen Beitrittsaktes bedürfte, erfolgt seine Einbeziehung in die jeweilige Körperschaft automatisch bei Erfüllung des bestimmten gesetzlichen Zugehörigkeitstatbestandes¹.

Diese Erscheinungen stellen für den Betroffenen Beeinträchtigungen seiner individuellen Freiheit dar, so daß nach ihrer verfassungsrechtlichen Untermauerung zu fragen ist.

Zwar wird die staatsorganisations- und grundrechtliche Problematik der Bildung von Körperschaften des öffentlichen Rechts und speziell von Arbeitnehmerkammern auch an weiteren Punkten als nur der

zur Arbeitnehmerkammer als Repräsentativkörperschaft vgl. *Großmann*, RdA 1968/297—301, Fn. 74—.

⁶⁷ s. o. Fn. 6.

¹ Vgl. *Huber*, E. R., *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Bd. I, S. 197.

Zwangsausübung gegenüber Unterworfenen evident. In der Regel geht es jedoch durchweg um die Verfassungsmäßigkeit der gewöhnlich mit dem Auftreten solcher Gebilde verknüpften und nach herrschender Meinung in ihrem öffentlich-rechtlichen Status begründeten Privilegien². Vom Umfang der Materie her wäre es allerdings ein Unding, im Rahmen dieser Abhandlung auch eine fundierte Antwort auf Fragen etwa der Steuerbevorteilung³ und der Grundrechtsfähigkeit der Körperschaften des öffentlichen Rechts anzustreben, spezifische Überlegungen zur Länderkompetenz für die Bildung von Arbeitnehmerkammern⁴ auszubreiten oder das politische⁵ Konkurrenzproblem zwischen Arbeitnehmerkammern und Gewerkschaften bis ins Detail zu beleuchten.

Vielmehr steht im Mittelpunkt der vorliegenden Arbeit das Phänomen des *Organisationszwanges*. Unter sämtlichen Körperschaftsprivilegien ruft dieser kritische Punkt in praxi die quantitativ höchste Betroffenenanzahl hervor. In einer Verfassungsepoche sowohl der verbrieften Zurückdrängung staatlicher Absolutheit und Betonung menschlicher Individualität als auch des kollektiven Sozialstaatsprinzips müssen solche Erscheinungen besonderes juristisches Interesse erwecken. Da sich weitere Fragen, etwa der Beitragspflicht⁶ oder des Wahlrechts, erst aus der Zwangszugehörigkeit ergeben, kann das grundlegende Augenmerk auf diese beschränkt bleiben⁷.

² Übersicht zu den Privilegien der öffentlichen Hand bei Wolff, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. I, § 23 II (S. 98 f.); zu den Privilegien öffentlich-rechtlicher Körperschaften, s. o. § 3, Fn. 42.

³ Vgl. § 2 Abs. 3 GewStG mit § 2 GewStDV 1961; § 1 Abs. 1 Ziff. 6 KStG mit § 4 KStDV 1961; § 1 Abs. 1 Ziff. 2, § 3 VermStG.

⁴ Dazu ausf. Großmann, RdA 1968/297—308—; Lerche, Arbeitskammer, S. 2 f.; Thieme, Subsidiarität, S. 10; Zacher, Arbeitskammern, S. 46 f.

⁵ Dazu vgl. Großmann, RdA 1968/297—302 f.—; Lerche, Arbeitskammer, S. 19 f., 39 ff.; Thieme, Subsidiarität, S. 31 f.; Zacher, Arbeitskammern, S. 28 f., 72 f.

Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung des Verhältnisses von Arbeitnehmerkammern und Gewerkschaften allgemein s. u. § 18, B. II. und ausführlich § 22, A.

⁶ Vgl. Heyen, Erich, Grenzen der Beitragspflicht für Mitglieder der Körperschaften des öffentlichen Rechts, DVBl 1956/288 f., 1957/335; Hofferberth, DStR 1964/660—662 f.—; Hummel, Fritz, Grenzen der Beitragspflicht bei öffentlichen Körperschaften, DVBl 1957/333 f.; Lynker, Körperschaft, S. 104 f.; Vogel, Klaus, Kammerbeitrag und Finanzverfassung, DVBl 1958/491 f.

Zur Vereinbarkeit der Beitragspflicht mit Art. 14 GG u. a. vgl. BVerfG, Urt. v. 24. 7. 62, 2 BvL 15, 16/61, BVerfGE 14/221—241 f.—; Urt. v. 14. 12. 65, 1 BvR 571/60, BVerfGE 19/253—267 f.—; BVerwG, Urt. v. 13. 3. 62, I C 155/59, NJW 1962/1311; OVG Lüneburg, Urt. v. 17. 3. 71, IV A 199/69, GewArch 1972/83; im übrigen vgl. zur Relevanz der Beitragsgestaltung für die verfassungsrechtliche Beurteilung der Zwangsmitgliedschaft unten, § 20, B. II.

⁷ Unrichtig insofern Gass, DÖV 1960/778 f., der Zwangsbeitrag und Wahlrecht als „essentials“ des Organisationszwanges ansieht; es handelt sich vielmehr um „selbstverständliche“ Folgen der Pflichtzugehörigkeit, vgl. BVerfG, Beschl. v. 2. 5. 61, 1 BvR 203/53, BVerfGE 12/319—323—.

In terminologischer Hinsicht soll die weitere Untersuchung nicht lediglich auf die „Pflichtzugehörigkeit“ bei Repräsentativkörperschaften wie den Arbeitnehmerkammern abstellen, sondern sich generell auf den Organisationszwang bei öffentlich-rechtlichen Körperschaften erstrecken. Daher kann fortan auch der allgemein übliche Begriff „Zwangsmitgliedschaft“ Verwendung finden.

Im Ergebnis wird folglich die staatsorganisations- und grundrechtliche Untersuchung der Körperschaft des öffentlichen Rechts am Problem der Zwangsmitgliedschaft aufzurollen sein. Der Allgemeingültigkeit und Stoffbeschränkung halber ist es allerdings geboten, die Erörterung auf die Rechtslage nach *Bundesrecht*, respektive Grundgesetz, einzugrenzen. Abweichende landesverfassungsrechtliche Aussagen zur Zwangsmitgliedschaft⁸ müssen daher im Rahmen der vorliegenden Abhandlung unberücksichtigt bleiben.

B. Überblick zur weiteren Abhandlung

Als Ansatzpunkte der grundrechtlichen Diskussion zur Zwangsmitgliedschaft bei Körperschaften des öffentlichen Rechts bieten sich die Art. 9 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG an.

Daneben kann auch an eine Beeinträchtigung der in Art. 12 Abs. 1 GG gewährleisteten Berufsfreiheit gedacht werden, weil die Zwangszugehörigkeit etwa zu einer berufsständischen Kammer kraft Gesetzes mit der Tatsache der konkreten Berufsaufnahme eintritt. Diese Erwägung bleibt jedoch zweitrangig. Die gesetzlich verfügte Zwangsmitgliedschaft im Berufsverband ist lediglich als Folge einer Berufsausübung und nicht als deren Regelung im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG anzusehen⁹. Sie berührt also die Freiheit der Berufsausübung ebensowenig wie die der Berufswahl.

Sedes materiae für die Abgrenzung zulässiger von unzulässigen Zwangsmitgliedschaften stellen primär die Art. 9 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG dar, so daß die vorzunehmende Untersuchung bei ihnen einzusetzen hat.

Hier könnte erwogen werden, Art. 9 Abs. 1 GG als der für Zwangsmitgliedschaften etwa „einschlägigeren“ Grundrechtsnorm in der Betrachtungsfolge den Vorrang vor dem in Art. 2 Abs. 1 GG niedergelegten allgemeinen Freiheitsrecht einzuräumen. Rechtsrechnung und herrschende Meinung verlagern jedoch das Hauptgewicht der Überlegungen auf die Bestimmung des Art. 2 Abs. 1 GG und entnehmen allein dieser Norm die wesentlichen Aussagen zur Zwangsmitgliedschaft.

⁸ Wie etwa nach Art. 179 BV; dazu ausf. *Lerche*, Arbeitskammer, S. 69 ff.; *Reuß*, Grundrechte, Bd. III/1, S. 108, Fn. 55; *Sauer*, Selbstverwaltung, S. 66; *Zacher*, Arbeitskammern, S. 51 ff.

⁹ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 25. 2. 60, 1 BvR 239/52, BVerfGE 10/354—362 f.—, Beschl. v. 30. 10. 61, 1 BvR 833/59, BVerfGE 13/181—185 f.—, Beschl. v. 19. 12. 62, 1 BvR 541/57, BVerfGE 15/235—239—; *Leisner*, Walter, Die verfassungsrechtliche Berufsfreiheit, JuS 1962/463; *Zacher*, Arbeitskammern, S. 43.

Im Zuge der anstehenden Untersuchung sei zunächst die (noch) nahezu unbestrittene, formal-organisatorische Auffassung dargestellt und gewürdigt, nach welcher Zwangsmitgliedschaften bei Gebilden von öffentlich-rechtlichem Status ausschließlich an Art. 2 Abs. 1 GG „gemessen“ werden (2. Kapitel).

Sodann besteht Anlaß, eine grundlegende Analyse (3. Kapitel) und rechtsdogmatische Differenzierung (4. Kapitel) des Organisations- und Funktionsgebildes „Körperschaft des öffentlichen Rechts“ vorzunehmen. Anschließend wird sich die Erörterung der Zwangsmitgliedschafts-Problematik anhand *staatsorganisationsrechtlicher* Gesichtspunkte (5. Kapitel). Im Rahmen *grundrechtlicher* Erwägungen wird endlich ein funktionsbezogenes Verständnis des Art. 9 Abs. 1 GG spezifische Aussagen dieser Norm auch zur Zwangsmitgliedschaft bei öffentlich-rechtlichen Verbänden abgegeben (6. Kapitel).

Mit einer Beleuchtung des Phänomens der Standesvertretung durch Körperschaften des öffentlichen Rechts und einer Anwendung der im Verlauf der Gesamtabhandlung gewonnenen Erkenntnisse auf Arbeitnehmerkammern kann auch die Frage ihrer Verfassungsmäßigkeit letztlich eine grundsätzlich positive Beantwortung finden (7. Kapitel).

Zweites Kapitel

Überprüfung der Zwangsmitgliedschaft bei Körperschaften des öffentlichen Rechts nach herrschender Lehre und ständiger Rechtsprechung Darstellung und Kritik

Überblick

Die Darstellung hat einzusetzen bei der vorgeblichen Unanwendbarkeit des Fernbleiberechts aus Art. 9 Abs. 1 GG gegenüber Gebilden mit öffentlich-rechtlichem Status und bei der Auslegung des ersatzweise herangezogenen Art. 2 Abs. 1 GG (§ 5). Ferner ist die grundrechtsdogmatische Tauglichkeit des Terminus „legitime öffentliche Aufgabe“ eingehend zu beleuchten; denn dieser Begriff trägt im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 GG entscheidend zur Rechtfertigung von Zwangsmitgliedschaften bei (§ 6). Im Ergebnis wird schließlich festzuhalten sein, daß Art. 2 Abs. 1 GG an weitgehender Inhaltslosigkeit leidet und es ihm zur Abgrenzung zulässiger von unzulässigen Zwangsmitgliedschaften an der notwendigen Tragfähigkeit ermangelt (§ 7).

§ 5 Zwangsmitgliedschaft und Art. 9 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 GG

A. Unanwendbarkeit des Art. 9 Abs. 1 GG gegenüber öffentlich-rechtlichen Gebilden

Das in Art. 9 Abs. 1 GG verbürgte Grundrecht der Vereinigungsfreiheit gewährleistet allen Deutschen das Recht, Vereine und Gesellschaften frei zu bilden¹. Diese Garantie ist aus Gründen der Logik² und

¹ Der Ausdruck „bilden“ darf hier nicht so verstanden werden, daß darunter (wie oben § 3, A. II. 2.) nur die Gründung solcher Vereinigungen fiele;

Effektivität nur dann von verlässlichem Bestand, wenn umgekehrt kein Zwang zu Zusammenschlüssen ausgeübt wird. Die Vereinigungsfreiheit muß somit als eine Konkretisierung der in Art. 2 Abs. 1 GG verbürgten allgemeinen Handlungsfreiheit in gleicher Weise die alternativen Möglichkeiten positiven Tuns und negativen Unterlassens in sich bergen.

Deshalb entnimmt man dem in der Verfassung ausdrücklich verankerten Grundrecht der *positiven* Vereinigungsfreiheit als innewohnendes Korrelat³ die Gewährleistung der *negativen* Vereinigungsfreiheit⁴ — der Freiheit, einer Vereinigung nach eigenem Belieben fernzubleiben⁵.

im Gegenteil: er umfaßt auch den Beitritt zu, sowie das Verbleiben in der gewählten Organisation, vgl. statt aller von Mangoldt-Klein, GG, Art. 9 Erl. III 7; Maunz-Dürig-Herzog, GG Art. 9, Rn. 45; Art. 19 III, Rn. 56; von Münch, BK, Art. 9, Rn. 45.

² Vgl. Dietz, Grundrechte, Bd. III/1, S. 454; Födisch, A., Freiheit und Zwang im geltenden Koalitionsrecht, RdA 1955/88—92—; Gernandt, Otto, Die negative Koalitionsfreiheit, in Der Arbeitgeber 1954/154; Knauß, Vereinigungsrecht, S. 82 f., 110; Müller, Gerhard, Anm. zu LAG Hamm, Urt. v. 11. 6. 52, 3 Sa 167/52, BB 1952/550; Vossieg, Zwangsmitgliedschaft, S. 34 f.; Zippelius, Wesen, S. 161 f., 166 f. m. w. Nachw.

³ Eine ausführliche Untersuchung zur Interdependenz zwischen positiver Koalitionsfreiheit und Fernbleiberecht findet sich bei Koch, Gernot, Koalitionschutz und Fernbleiberecht, Diss. München 1970, S. 19 ff.

⁴ Vgl. Däubler-Mayer-Maly, Negative Koalitionsfreiheit, S. 34; Dürig, Günter, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in Festschrift für Nawiasky, München 1956, S. 157—184, Fn. 61—; Fußlein, Grundrechte Bd. II, S. 435; Gastroph, Vereinigungen, S. 63, 66 f. (mit Hinw. auf den österreichischen und italienischen Rechtszustand); Hamann, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 103 m. w. Nachw.; Hamann-Lenz, GG, Art. 9 Erl. A 4 a; Huber, E. R., Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 198 f., 250 f.; Bd. II, S. 122; ders. Literaturbesprechung, AöR 78 (1952/53) 500—507—; Ipsen, Hans Peter, Rechtsfragen der Investitionshilfe, AöR 78 (1952/53) 284—312 f.—; Kaub, Vereinigungsfreiheit, S. 27; Kirdorf, DÖV 1953/50—51—; Knauß, Vereinigungsrecht, S. 109 ff.; Krüger, H., BB 1956/969—970—; ders., Verfassungsprobleme, S. 46; Leisner, EvStLex, Sp. 2337—2338—; Mallmann, Staatslexikon, Bd. VIII, Sp. 108; von Mangoldt-Klein, GG, Art. 9 Erl. III 8; von Mangoldt, GG, Art. 9 Erl. 3 (S. 84); Maunz, Staatsrecht, S. 125; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 9 Rn. 16, 49; Müller, F., Korporation, S. 344; von Münch, BK, Art. 9, Rn. 51; Pathe, DVBl 1950/663—665—; Quidde, DÖV 1958/521; Redeker, DVBl 1952/201—239—; Reuß, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 34; Scheuner, Ulrich, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVDStRL 11 (1954) 1—62—; Schneider, Alterssicherung, S. 28; Stein, Staatsrecht, S. 140; Thieme, Subsidiarität, S. 23; Weber, W., Zwangsversorgungseinrichtungen, S. 10 f., 17; Zwangskorporationen, S. 216; Wihlidal, Vereinswesen, S. 5; Wittkämper, Interessenverbände, S. 108.

BVerfG, Urt. v. 29. 7. 59, 1 BvR 394/58, BVerfGE 10/89—102—; Beschl. v. 25. 2. 60, 1 BvR 239/52, BVerfGE 10/354—361 f.—; Beschl. v. 2. 5. 61, 1 BvR 203/53, BVerfGE 12/319—323—; Beschl. v. 19. 12. 62, 1 BvR 541/57, BVerfGE 15/235—239—.

⁵ So die herrschende und richtige, aber nicht unbestrittene Auffassung (a. A.: Wernicke, BK, Art. 9 — Erstbearbeitung — Erl. II 1 d; Zinn, Georg, August — Stein, Erwin, Hessische Verfassung, Bad Homburg 1954, Art. 15,

Die Ableitung der negativen aus der positiven Vereinigungsfreiheit führte zur Auffassung, daß erstere nicht weiter reichen könne als letztere. Daraus erklären sich die Folgerungen, welche für die Kollision zwischen Fernbleiberecht und Zwangsmitgliedschaft bei öffentlich-rechtlichen Verbänden gezogen wurden. Die Geltung der negativen Vereinigungsfreiheit wird nämlich gegenüber öffentlich-rechtlichen Zwangsvereinigungen verneint⁶. Da solche Verbände keine „Vereine und Gesellschaften“ im Sinne des Art. 9 Abs. 1 GG darstellen, gebe es zuvorderst schon kein Grundrecht auf einen, freier privater Initiative überlassenen Zusammenschluß zu Gebilden von öffentlich-rechtlichem Status. Wo aber das positive Vereinigungsrecht fehle, könne sich auch das Korrelat eines Fernbleiberechts nicht entwickeln.

Unter Zugrundelegung dieser (formal-organisatorischen) Betrachtungsweise scheint die Idee einer negativen Vereinigungsfreiheit gegenüber öffentlich-rechtlichen Verbänden bereits a priori fehlzugehen. Demzufolge wird Art. 9 Abs. 1 GG durchweg als für solche Zwangsvereinigungen nicht einschlägig und unanwendbar erachtet.

Da der Zwangsbeischluß aber auch die Persönlichkeitsentfaltung des Betroffenen zu belasten vermag, greifen die überwiegende Literatur und die ständige Rechtsprechung auf das allgemeine Freiheitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG zurück und unterwerfen auf diese Weise die Zwangsmitgliedschaft bei Körperschaften des öffentlichen Rechts dennoch gewissen grundgesetzlichen Anforderungen.

Erl. 3; EGH der Rechtsanwaltskammern der britischen Zone, Urt. v. 4. 9. 51, EV 528/51 B, DVBl 1952/371; im Ergebnis ebenso: *Brohm*, Strukturen, S. 275 ff., 277 f. und bzgl. der Koalitionsfreiheit *Galperin*, Betrieb 1970/298 —302—; die Tatsache, daß der Verfassungsgeber die negative Vereinigungsfreiheit nicht expressiv verbis in die Gewährleistung des Art. 9 Abs. 1 GG aufgenommen hat, besagt nicht, daß er ein solches Recht aus der Freiheitsverbürgung habe ausklammern wollen. Im Gegenteil: die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes (vgl. ausf. *Matz*, JöR 1 (1951) 116 ff., 124; auch *Knauß*, Vereinigungsrecht, S. 50 ff.; von *Mangoldt*, GG, S. 82 f.; s. auch u. bei § 18, B. III.) beweist, daß seine Schöpfer die Vereinigungsfreiheit unter Einbeziehung des Fernbleiberechts als Individualgrundrecht (skeptisch *Brohm*, Strukturen, S. 278 f.) verstanden und lediglich zur Vermeidung übertriebener Kasuistik von seiner ausdrücklichen Fixierung abgesehen haben.

Ausdrückliche Garantien der negativen Vereinigungsfreiheit finden sich in einzelnen Länderverfassungen, vgl. Art. 179 BV, Art. 48 S. 2 BremVerf., Art. 15, 36 Abs. 2 HessVerf.; sowie die früheren Verfassungen von Baden (Art. 19 Abs. 2), Württemberg-Baden (Art. 15 Abs. 2), Württemberg-Hohenzollern (Art. 13 Abs. 3), welche nach Art. 94 Abs. 3 Bad.-Württ. Verf. weiter gelten.

⁶ Vgl. *Badura*, Verwaltungsmonopol, S. 335 (Fn. 11); ders., Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den verfassungsrechtlichen Grenzen wirtschaftspolitischer Gesetzgebung im sozialen Rechtsstaat, AöR 92 (1967) 382—404—; *Eyermann*, Erich — *Fröhler*, Ludwig, Handwerksordnung, 2. Aufl., München, Berlin 1967, § 90 Rn. 8; *Füßlein*, Grundrechte Bd. II, S. 431; *Hamann*, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 104; *Hamann-Lenz*, GG, Art. 9 Erl.

B. Anwendung des Art. 2 Abs. 1 GG

I. Zwingende Relation zwischen „freier Persönlichkeits- entfaltung“ und „verfassungsmäßiger Ordnung“

Das Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet die Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung, soweit nicht die Rechte anderer, die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verletzt werden.

Die Beantwortung der hier relevanten Frage, ob Zwangsmitgliedschaften zu einer Berührung oder Einschränkung der Persönlichkeitsentfaltung zu führen vermögen, hängt davon ab, was man unter „freier Persönlichkeitsentfaltung“ versteht und welche Auswirkungen eine solche Pflichtzugehörigkeit zeitigt.

Sofern der einzelne den Tatbestand der Zugehörigkeit zu einem öffentlich-rechtlichen Gebilde erfüllt, wird er diesem ohne Rücksicht auf seinen eigenen, möglicherweise entgegenstehenden Willen als Mitglied zwangsläufig beigegeben. Er ist infolgedessen zur Beitragszahlung verpflichtet und muß sich unter Umständen mit Verhalten, Verwaltungsgebaren und Äußerungen „seines“ Verbandes identifizieren lassen.

Diesen Auswirkungen des Zwangsbeischlusses muß für den Betroffenen eine gewisse Erheblichkeit attestiert werden. Insgesamt aber

A 4 b, B 2; Huber, E. R., *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Bd. I, S. 198, 250 f.; Ipsen, *Zwangsversorgung*, S. 39 f.; Kirdorf, DÖV 1953/50—51—; Köttgen, HdSW Bd. IX, S. 220—224—; ders., JöR 3 (1954) 67—116—; ders., JöR 11 (1962) 173—275—; Krüger, H., BB 1956/969—971—; ders., *Verfassungsprobleme*, S. 46; Leisner, EvStLex, Sp. 2337—2338—; Mallmann, *Staatslexikon*, Bd. VIII, Sp. 107; von Mangoldt, BB 1951/621—622—; von Mangoldt-Klein, GG, Art. 9 Erl. III 6 a, 8; Maunz, *Staatsrecht*, S. 125, 166; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 9, Rn. 44, 50; von Münch, BK, Art. 9, Rn. 52, (m. zahlr. Nachw. zur Rechtsprechung außerhalb des BVerfG); Redeker, DVBl 1952/201—239—; ders., JZ 1954/625—626—; Reuß, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, S. 35; Richter, VerwArch 32 (1927) 23 (bzgl. Art. 159 WV); Salzwedel, VVDStRL 22 (1965) 211 (Fn. 11); Scheuner, *Öff. Körperschaften*, S. 818 f.; Schneider, *Alterssicherung*, S. 28 f.; Schnorr, *Vereinsrecht*, § 2 VereinsG Rn. 4; Stein, *Staatsrecht*, S. 140; Thieme, *Subsidiarität*, S. 24; Vossieg, *Zwangsmitgliedschaft*, S. 50; Weber, W., DÖV 1952/705—709—; ders., *Zwangsversorgungseinrichtungen*, S. 11; Wittkämper, *Interessenverbände*, S. 77; Zacher, *Arbeitskammern*, S. 26 f.; Zuck, *Subsidiaritätsprinzip*, S. 89, Fn. 7.

Unklar Kaub, *Vereinigungsfreiheit*, welcher Art. 9 Abs. 1 GG für „öffentlich-rechtliche wie privatrechtliche Vereine“ gelten lassen will (S. 23), aber Zwangsverbände aus dem Vereinigungsbegriff des Art. 9 Abs. 1 GG ausklammert (S. 27).

BVerfG, wie Fn. 4; BVerwG, Urt. v. 13. 3. 62, I C 155/59, NJW 1962/1311—1312—; Urt. v. 25. 2. 66, VII C 72/64, BVerwGE 23/304—307—; BayVerfGH, Entsch. v. 10. 3. 51, Vf. 192, 199—VII—49 u. a., VerwRspr 3/651—658 f.—; Entsch. v. 20. 7. 51, Vf. 23, 25—VII—50; VerwRspr 4/261—271—; BFH, Urt. v. 11. 5. 65, VI 279/63 U, BFHE 82/562—565 f. —; BayVGh Besch. v. 3. 12. 71; 276 VIII 70, BVBl 1972/212—213—.

sind sie von nicht allzu schwerwiegender Intensität, vor allem, wenn man sie anderen staatlichen Eingriffen, etwa berufsrechtlicher oder enteignender Art, gegenüberstellt. Zwangsmitgliedschaften in öffentlich-rechtlichen Verbänden werden folglich nur dann die freie Persönlichkeitsentfaltung des einzelnen tangieren, wenn dieser Begriff im Sinne einer allgemeinen menschlichen Handlungsfreiheit, also breit, interpretiert und angewendet wird.

Eine Untersuchung der Verfassungsmäßigkeit solcher Eingriffe muß weiterhin die Schranken berücksichtigen, welche Art. 2 Abs. 1 GG selbst der freien Persönlichkeitsentfaltung gezogen hat. Von diesen Vorbehaltsmerkmalen fallen im Hinblick auf gesetzlich angeordnete Zwangsmitgliedschaften jedoch das „Sittengesetz“ und die „Rechte anderer“ als nicht einschlägig beiseite. Wohl aber ist der Begriff der „*verfassungsmäßigen Ordnung*“ in die Betrachtung einzubeziehen.

Jeder Versuch, Art. 2 Abs. 1 GG einer (praktikablen) Auslegung zuzuführen, muß sich folglich an der Tatsache orientieren, daß die beiden Halbsätze dieser Bestimmung, der Gewährleistungs- und der Schrankentatbestand, sowohl ein wechselbezügliches Verhältnis zueinander besitzen, als auch ein einheitliches Ganzes verkörpern. Die erstere Erkenntnis folgt aus der Einsicht, daß die Grenzen der Freiheit notwendig zum Wesen der Freiheit gehören⁷, die letztere aus der Zugehörigkeit beider Halbsätze zu einer und derselben Verfassungsnorm⁸. Demzufolge stehen die Begriffe „*Persönlichkeitsentfaltung*“ und „*verfassungsmäßige Ordnung*“ in zwingender Relation. Am Beispiel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 2 Abs. 1 GG⁹ und der dazu konträren Alternativauffassung¹⁰ wird zu zeigen sein, daß eine Interpretation der Persönlichkeitsentfaltung im weiten Sinne¹¹ eine ebenfalls weite Auslegung der verfassungsmäßigen Ordnung bedingt — und umgekehrt.

⁷ Vgl. Ehmke, VVDStRL 20 (1963) 85 f.; Fechner, Erich, Die soziologische Grenze der Grundrechte, Tübingen 1954, S. 3; Hesse, Grundzüge, S. 171 f.; Kritisch: Scheuerle, Wilhelm A., Das Wesen des Wesens, AcP 163 (1964) 429 f., 470 f.;

vgl. auch BVerfG, Urt. v. 20. 7. 54, 1 BvR 459/52 u. a., BVerfGE 4/7—15 f.—; BayVerfGH, Urt. v. 20. 1. 69, Vf. 78—VIII—67, BVBl 1969/130 f.

⁸ Vgl. Raiser, Ludwig, Vertragsfreiheit heute, JZ 1958/1—6—: spannungsreiche, nicht als Regel und beschränkende Ausnahme vorgegebene, sondern als These und Antithese im dialektischen Prozeß allen aufgegebenen Einheit.

⁹ Gleich anschließend, nächster Abschnitt.

¹⁰ s. u. § 7, A. II.

¹¹ Vgl. die Parallele bei der Auslegung des Art. 4 Abs. 1 GG: dort kommt sowohl eine Beschränkung der Gewissensfreiheit auf allein das forum internum, als auch eine Ausweitung auf selbst äußere Geltendmachung der inneren Gewissensentscheidung in Betracht.

II. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

1. Auslegung des Art. 2 Abs. 1 GG

Das Bundesverfassungsgericht eröffnet den Begriff „freie Persönlichkeitsentfaltung“ einem weiten Verständnis¹² als allgemeine menschliche Handlungsfreiheit¹³, also als eine Freiheit, deren Belastung durch eine Zwangsmitgliedschaft nach den vorstehenden Darlegungen in Betracht kommen kann.

Diese umfangreiche Freiheit muß ihre Einschränkung in einem Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung finden, welcher nicht nur auf die Wahrung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung abzielt. Das Bundesverfassungsgericht versteht daher als „verfassungsmäßige Ordnung“ die Gesamtheit der materiell und formell mit der Verfassung vereinbaren Rechtsvorschriften¹⁴, d. h.: der Terminus „verfassungsmäßige Ordnung“ wird mit der allgemeinen Rechtsordnung identifiziert.

¹² Zur Rechtsprechung des BVerfG ausf. Hesse, E., Bindung, passim; *Hutzelmann*, Helmut, Die prozessuale Bedeutung des Elfes-Urteils des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 6/32), Diss. Regensburg, 1970; *Klein*, Franz, Handlungsfreiheit als Grundrecht, BVBl 1971/125 f.

¹³ Erstmals BVerfG, Urt. v. 16. 1. 57, 1 BvR 253/56, BVerfGE 6/32—36—: „Elfes-Urteil“. Neuestens BVerfG, Urt. v. 5. 8. 66, 1 BvF 1/61, BVerfGE 20/150—155—; auch BVerwG, Urt. v. 20. 6. 58 VII C 111/57, BVerwGE 7/125 f.; Urt. v. 18. 7. 67, I C 9/66, BVerwGE 27/303—305—; *BayVerfGH*, Entsch. v. 10. 5. 67, VI. 44—VI—64, NJW 1968/99—102—; BAG, Urt. v. 13. 1. 56, 1 AZR 167/55, BAGE 2/266—275—;

ebenso: *Dürig*, Günter, Die Menschenauffassung des Grundgesetzes, JR 1952/259—262—; *Maunz-Dürig-Herzog*, GG, Art. 2 I, Rn. 11; *Forsthoff*, Ernst, Zur verfassungsrechtlichen Problematik der Investitionshilfe, BB 1953/421 f.; *von Mangoldt*, Hermann, Grundrechte und Grundsatzfragen des Bonner Grundgesetzes, AöR 75 (1949) 273—279—; *Maunz*, Staatsrecht, S. 116.

¹⁴ Beruhend auf *Coing*, Helmut, Grundsätzliches zur Rückwirkung von Gesetzen, BB 1954/137—141— und *von Mangoldt*, Grundgesetz, S. 47; BVerfG, Urt. v. 16. 1. 57, wie vor; folgend: Urt. v. 10. 5. 57, 1 BvR 550/52, BVerfGE 6/389—432 f.—; Beschl. v. 3. 12. 58, 1 BvR 488/57, BVerfGE 9/3—11—; Urt. v. 27. 1. 65, 1 BvR 213/58 u. a., BVerfGE 18/315—328 f.—; Urt. v. 14. 12. 65, 1 BvR 571/60, BVerfGE 19/253—257—; Urt. v. 5. 8. 66, wie vor, S. 159; weitere Nachweise zur jüngeren Judikatur des BVerfG s. u. § 7, Fn. 10, 16; BVerwG, Urt. v. 17. 1. 58, VII C 30/57, BVerwGE 6/134—141—; Urt. v. 20. 6. 58, wie vor, S. 134; Urt. v. 1. 8. 58, VII C 51/57, BVerwGE 7/189—196—; Urt. v. 18. 7. 67, wie vor, S. 305.

Zustimmend: *Böckenförde*, Ernst-Wolfgang, Der Stellvertreter-Fall, JuS 1966/359—362 (Fn. 21)—; *Evers*, AöR 90 (1965) 88; *Maunz*, Staatsrecht, S. 116 (vgl. aber ders., aaO, 13. Aufl. S. 103); *Schmidt-Bleibtreu*, Bruno, — Klein, Franz, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., Neuwied-Berlin 1969, Art. 2, Rn. 9; *Schnupp*, Günther, Auskunftsrecht der Polizei, DÖV 1959/172—175—; *Roemer*, Entfaltung, S. 552; *Zeidler*, Wolfgang, Nochmals: Die verfassungsmäßige Ordnung, BB 1957/342 f.; *Zippe*, EvStLex., Sp. 1504—1505—;

Ablehnend (schon gegen von Mangoldt, aaO): *Forsthoff*, wie vor; *Krüger*, Herbert, Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz, DVBl 1950/625—627—; BVerwG, noch in Urt. v. 4. 7. 56, V C 199/55, BVerwGE

Somit vermag die (weit ausgelegte) allgemeine menschliche Handlungsfreiheit durch jede verfassungsmäßige Rechtsnorm eingeschränkt zu werden. Die Konsequenzen für die grundrechtliche Beurteilung der Zwangsmitgliedschaft liegen auf der Hand: ihre Überprüfung kann zwar in den Rahmen des Art. 2 Abs. 1 GG einbezogen werden, sieht sich dort aber jenem weiten Spielraum für die Beschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit konfrontiert.

Eine äußerste Grenze ist allerdings in der Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG geboten: der innerste Wesensgehalt der freien Persönlichkeitsentfaltung darf nicht angetastet werden¹⁵.

Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, daß diese Auslegung des Bundesverfassungsgerichts nicht ohne Widerspruch blieb. So wird bemängelt, Art. 2 Abs. 1 GG verliere an Glaubwürdigkeit, wenn man in ihm zunächst die allgemeine Handlungsfreiheit ansiedle, sie aber durch eine ausweitende Interpretation der verfassungsmäßigen Ordnung wieder so stark reduziere, daß Art. 2 Abs. 1 GG gleichsam unter allgemeinen Gesetzesvorbehalt gestellt sei¹⁶.

Auch wird vermerkt, daß Art. 2 Abs. 2 GG als Unterfall des Art. 2 Abs. 1 GG einen eindeutigen Gesetzesvorbehalt besitze. Dieser sei aber überflüssig, wenn schon Art. 2 Abs. 1 GG unter generellem Gesetzesvorbehalt hätte stehen sollen. Ferner seien das „Sittengesetz“ und die „Rechte anderer“ als ursprünglich mit der „verfassungsmäßigen Ordnung“ gleichberechtigt konzipierte Begrenzungen der freien Persönlichkeitsentfaltung nunmehr der Bedeutungslosigkeit preisgegeben¹⁷. Denn „Rechte anderer“ bestünden nur dann und insoweit, als die allgemeine Rechtsordnung sie gewährt¹⁸. Und das „Sittengesetz“ werde von der freien Persönlichkeitsentfaltung ohnehin kaum noch berührt¹⁹.

Schließlich wird gefragt, ob der Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung an verschiedenen Stellen des Grundgesetzes²⁰ überhaupt einer unterschiedlichen Auslegung zugänglich sei, wie sie das Bundesverfassungsgericht vor-

4/24—33—; (gegen BVerfG:) Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 2 I, Rn. 18; Ehmke, VVDStRL 20 (1963) 83 f.; Hamann, Andreas, Die verfassungsmäßige Ordnung, BB 1957/229—231—, 343 f.; Nipperdey, Grundrechte, Bd. IV/2, S. 799; Peters, Referat, S. 22; Schützler, J.-G., Bundesverfassungsgericht und verfassungsmäßige Ordnung, NJW 1957/818—819—.

¹⁵ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 12. 11. 58, 2 BvL 4/56 u. a., BVerfGE 8/274—328 f.—; s. auch u. § 7, Fn. 16.

¹⁶ Vgl. Dürig, JZ 1957/169—171—; Hamann, wie oben Fn. 14; Nipperdey, Grundrechte, Bd. IV/2, S. 799; Schützler, wie oben Fn. 14.

¹⁷ Vgl. Dürig, JZ 1957/169 ff.; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 2 I, Rn. 17 m. w. Nachw.; Maunz, Staatsrecht, S. 116 f.; v. Mangoldt-Klein, GG, Art. 2 Erl. A IV 2 b.

¹⁸ Vgl. Zippelius, EvStLex, Sp. 1504—1505—.

¹⁹ Zum Sittengesetz: vgl. Nipperdey, Grundrechte, Bd. IV/2, S. 819 f.; BVerfG, Urt. v. 10. 5. 57, 1 BvR 550/52, BVerfGE 6/389—432 f.—; neuestens Erbel, Günter, Das Sittengesetz als Schranke der Grundrechte, Berlin 1971.

²⁰ Vgl. Art. 2 Abs. 1; Art. 9 Abs. 2; Art. 20 Abs. 3; Art. 28 Abs. 1, 3; Art. 98 Abs. 2 GG.

nehme²¹, und ob die Entstehungsgeschichte des Art. 2 Abs. 1 GG tatsächlich die Auslegung des Gerichts zu stützen vermöge²².

Mit dieser Darstellung der gegen das Bundesverfassungsgericht erhobenen Rügen mag es sein Bewenden haben, da es hier auf eine Entscheidung über ihre Stichhaltigkeit nicht ankommt²³.

2. Anwendung des Art. 2 Abs. 1 GG auf Zwangsmitgliedschaften

Für die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit staatlicher Eingriffe in die Einzelgrundrechte der Art. 2 Abs. 2 und Art. 4 ff. GG hat das Bundesverfassungsgericht den Ausdruck „öffentliches Interesse“ aufgegriffen, welches gegen das Freiheitsbegehren des einzelnen Betroffenen abgewogen wird.

Diese Formel übernahm das Gericht auch für die Rechtsprechung zu Art. 2 Abs. 1 GG. Es setzte sich allerdings weder mit seiner Definition der verfassungsmäßigen Ordnung auseinander²⁴, noch wurde die Verwendung des Begriffs „öffentliches Interesse“ begründet. Zu vermuten ist, daß hierbei eine Nachfolge in die Gemeinwohlklausel der Literatur²⁵ angetreten werden und daß die Verknüpfung des öffentlichen Interesses mit Art. 2 Abs. 1 GG auf die Pflichtigkeit des einzelnen im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung hinweisen sollte.

Wegen dieser Verknüpfung wird die Gemeinwohlklausel bezogen auf diejenigen Gemeinwohlforderungen, deren Gewicht die grundrechtlich geschützten Freiheitsbelange der Bürger „überwiegt“²⁶, bzw. reduziert auf allein „überragende“ Forderungen und Gründe des Gemeinwohles²⁷. Dementsprechend gebraucht das Bundesverfassungsgericht²⁸ zur Rechtfertigung anstehender Eingriffe in die Grundrechte Wendungen, wie

²¹ Vgl. Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 2 I, Rn. 18, 16; BayVGh, Urt. v. 18. 5. 60, 127 IV 56, VerwRspr 12/951—954—.

²² Vgl. Ehmke, VVDStRL 20 (1963) 83; Rohde-Liebenau, Wolfram, Bundesverfassungsgericht und verfassungsmäßige Ordnung, NJW 1957/817 f., m. w. Nachw. (S. 818, Fn. 13).

²³ Näher s. u. § 7; zu Art. 2 Abs. 1 GG auch noch §§ 17, 20 (A. II. 2. und B. I.).

²⁴ Folgerungen dazu s. u. § 7, A. I.

²⁵ Vgl. Dürig, JZ 1957/169—172—; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 2 I, Rn. 75.

²⁶ Vgl. Scheuner, Öff. Körperschaften, S. 817 f.; siehe auch Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 2 I, Rn. 19: „... deren Erfüllung die Verfassung verlangt“ („strenge Gemeinwohlklausel“); vgl. auch Hamann, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 105.

²⁷ Vgl. Huber, E. R., Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 663; ders., DÖV 1956/135—136—.

²⁸ Vgl. grundlegend Häberle, Peter, „Gemeinwohlsjudikatur“ und Bundesverfassungsgericht, AöR 95 (1970) 86 ff.

„erhebliche/legitime öffentliche Interessen“²⁹, „dringende/legitime Interessen des Gemeinwohls“³⁰, „Interessen des Gemeinwohls, die so schwer wiegen, daß“³¹, „überwiegendes Interessse der Allgemeinheit“³² oder „hinreichendes öffentliches Bedürfnis“³³, um nur einige aufzuführen.

Zur Beurteilung der Zulässigkeit einer Zwangsmitgliedschaft in öffentlich-rechtlichen Verbänden bedient sich das Bundesverfassungsgericht im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 GG bei gleicher Tendenz einer lediglich sachbezogen modifizierten Ausdrucksweise: mit Blick auf die Funktionen der jeweiligen Körperschaft spricht man zwar nicht vom „öffentlichen Interesse an“ der Erfüllung einer bestimmten Agenda, sondern schuf als Rechtfertigungsgrund für die verfügte Freiheitsschmälerung den neuen Terminus einer „*legitimen öffentlichen Aufgabe*“³⁴.

Bei der Untersuchung, ob eine solche Aufgabe die angeordnete Zwangsmitgliedschaft in verfassungsrechtlich genügender Weise zu stützen vermag, wird inzidenter ebenfalls das öffentliche Interesse an der Erfüllung der jeweiligen Agenda überprüft. Das Bundesverfassungsgericht erachtet die Anordnung der Zwangsmitgliedschaft dann als verfassungsgemäß, wenn zur Erledigung anstehende legitime öffentliche Aufgaben den öffentlich-rechtlichen Zwangszusammenschluß erfordern³⁵. Die Bildung der betreffenden Körperschaft des öffentlichen Rechts selbst wird als Angelegenheit freien gesetzgeberischen Ermessens bezeichnet³⁶.

Der weiteren Untersuchung ist es zunächst anheimgegeben, die Tauglichkeit des Terminus „legitime öffentliche Aufgabe“ für die Grundrechtsdogmatik zu überprüfen. Im Mittelpunkt steht dabei die Frage, ob jenem Begriff selbständige rechtliche Relevanz eignet (§ 6).

²⁹ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 10. 7. 58, 1 BvF 1/58, BVerfGE 8/71—76—; Beschl. v. 19. 12. 62, 1 BvR 541/57, BVerfGE 15/235—241 (243)—; Beschl. v. 25. 2. 69, 1 BvR 224/67, BVerfGE 25/236—251—.

³⁰ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 8. 2. 61, 1 BvL 10/60 u. a., BVerfGE 12/144—148—; Beschl. v. 7. 4. 64, 1 BvL 12/63, BVerfGE 17/306—318—.

³¹ Vgl. BVerfG, Urt. v. 22. 5. 63, 1 BvR 78/56, DVBl 1964/111—113—.

³² Vgl. BVerfG, Beschl. v. 15. 1. 70, 1 BvR 13/68, BVerfGE 27/244—351—.

³³ Vgl. BVerfG, Urt. v. 5. 8. 66, 1 BvF 1/61, BVerfGE 20/150—159—.

³⁴ Vgl. BVerfG, Urt. v. 29. 7. 59, 1 BvR 394/58, BVerfGE 10/89—101—; Beschl. v. 25. 2. 60, 1 BvR 239/52, BVerfGE 10/354—361 f.—; Urt. v. 10. 5. 60, 1 BvR 190/58 u. a., BVerfGE 11/105—126—; Beschl. v. 2. 5. 61, 1 BvR 203/53, BVerfGE 12/319—323—; Beschl. v. 19. 12. 62, 1 BvR 541/57, BVerfGE 15/235—241—;

im Anschluß daran ebenso BVerwG, Urt. v. 25. 2. 66, VII C 72/64, BVerwGE 23/304—306—.

³⁵ Vgl. BVerfG, wie vor.

³⁶ Vgl. BVerfG, Urt. v. 29. 7. 59, 1 BvR 394/58, BVerfGE 10/89—101—.

Bei diesem Vorhaben werden auch Erkenntnisse zum verwickelten Verhältnis der Ausdrücke „öffentlich“ und „staatlich“ anzustreben sein. Denn selbst die späterhin unvermeidliche Analyse und Differenzierung des Funktions- und Organisationsphänomens „Körperschaft des öffentlichen Rechts“ bedarf bei der Diskussion um „öffentliche“ und „staatliche Aufgaben“ einer präzisen und fundierten Terminologie.

Nach diesen Überlegungen zum Begriff „legitime öffentliche Aufgabe“ kann schließlich die endgültige Stellungnahme zu der an Art. 2 Abs. 1 GG orientierten Zwangsmitgliedschafts-Judikatur des Bundesverfassungsgerichts formuliert werden (§ 7).

§ 6 Verwendbarkeit des Terminus „legitime öffentliche Aufgabe“ für die Grundrechtsdogmatik?

Überblick

Das Bundesverfassungsgericht stellt anlässlich der im Rahmen von Art. 2 Abs. 1 GG praktizierten Überprüfung der Zulässigkeit von Zwangsmitgliedschaften auf die Wahrnehmung sogenannter „legitimer öffentlicher Aufgaben“ durch die jeweilige Körperschaft des öffentlichen Rechts ab.

Zur Frage nach der grundrechtsdogmatischen Tauglichkeit jener Formulierung, sind die Bestandteile „öffentliche Aufgabe“ (A.) und „legitim“ (B.) einer näheren Analyse zu unterziehen.

Was den Terminus „öffentliche Aufgabe“ (A.) betrifft, wird seine uneinheitliche Verwendung am Beispiel der kontroversen Auffassungen darzustellen sein, welche ihm in Zusammenhang mit dem Begriff der staatlichen Aufgabe beigemessen werden (I.). Zur Klärung der offenen Fragen sei zunächst das Adjektiv „öffentlich“ einer Analyse unterzogen (II.), sodann die Frage nach „öffentlich als Rechtsbegriff“ gestellt (III.). Insgesamt wird sich erweisen, daß der Ausdruck „öffentliche Aufgabe“ weder einen juristisch relevanten Oberbegriff noch ein Synonym zur staatlichen Aufgabe verkörpert und wegen seiner nur soziologisch-faktischen Qualität nicht als selbständiger Rechtsbegriff, sondern lediglich als Arbeitsbegriff Anerkennung finden kann (IV.).

Die anzuschließende Frage nach der grundrechtsdogmatischen Erheblichkeit einer „legitimen“ öffentlichen Aufgabe (B.) bedingt zunächst eine Darstellung der Verwendung jenes Terminus in der Rechtsprechung und seiner potentiellen Ausdeutungen (I.). Die nähere Untersuchung verfolgt sodann das Ziel einer terminologischen Aufhellung des Adjek-

tivs „legitim“ (II.). Am Ende wird sich die Untauglichkeit des Begriffs „legitime öffentliche Aufgabe“ für die Grundrechtsdogmatik herausstellen (III.).

A. Die „öffentliche Aufgabe“

Der Ausdruck „öffentliche Aufgabe“ findet in Rechtsprechung und Literatur vielfältige Anwendung, ohne daß ein auch nur annähernd gesichertes oder gar konformes Verständnis erkennbar wäre. Im Gegenteil: die Auffassungen über rechtliche Relevanz und Inhalt dieses Terminus divergieren erheblich.

Generell kann festgestellt werden, daß die von der Rechtsordnung vorgegebene Polarisierung zwischen dem Staat und dem Privaten das Terrain absteckt, auf welchem die Vorstellung einer irgendwie gearteten „öffentlichen Aufgabe“ zu wachsen vermochte und mit Begriffen wie der „Staatsaufgabe“ und der „individuell-privaten Agende“ zusammentreffen konnte.

Es wäre jedoch ein aussichtsloses Unterfangen, wollte man im Rahmen der vorliegenden Abhandlung versuchen, sämtlichen Aspekten dieser Erscheinungen Raum zu geben und die in fast unübersehbarer Literatur und Rechtsprechung dazu getroffenen Äußerungen bis ins Detail zu erörtern. Vielmehr gebietet die anzustrebende Übersichtlichkeit eine Beschränkung der Darstellung auf die Analyse von Strukturen und Schwerpunkten des Problemkreises um die „öffentliche Aufgabe“, sowie auf die Beantwortung der letztlich interessierenden Frage nach der grundrechtsdogmatischen Relevanz des Begriffs „legitime öffentliche Aufgabe“.

I. Inhaltliche Ausdeutungen des Terminus „öffentliche Aufgabe“

Ohne daß hier bereits auf die juristische Tragfähigkeit des Ausdrucks „öffentliche Aufgabe“ abgestellt werden soll, seien zunächst die verschiedenen inhaltlichen Ausdeutungen skizziert, welche dieser Terminus erfährt. Eine zentrale Position nimmt dabei der im Sinne selbständiger rechtlicher Relevanz vorgegebene Begriff der Staatsaufgabe ein. Doch scheint es momentan nicht erforderlich, auch zu seiner inhaltlichen Beschaffenheit Stellung zu nehmen¹.

1. Die öffentliche Aufgabe wird zum ersten als der staatlichen Aufgabe *identisch* verstanden — einmal, indem sie mit diesem Terminus

¹ Dazu ausf. s. u. § 10, B.

synonyme Verwendung findet, zum anderen, indem an sogenannte öffentliche Aufgaben Rechtsfolgen (wie Grundrechtsbeschränkungen oder die Maßgabe des Art. 33 Abs. 4, 5 GG) angeknüpft werden, welche die Existenz von Staatsfunktionen voraussetzen.

Während diese Vorstellung von der öffentlichen Aufgabe in der Literatur noch relativ beiläufig² erscheint, findet sie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts doch klaren Ausdruck. So soll die Gestaltung des Berufsrechtes der Notare dem Staat obliegen kraft seiner Befugnis, „eine mit hoheitlichen Mitteln zu erfüllende öffentliche Aufgabe zu ordnen“³. Des Notars Hauptaufgabe äußere sich in Tätigkeiten der Rechtspflege und Freiwilligen Gerichtsbarkeit, welche „originäre Staatsaufgaben“ darstellten; wie der Staat „seine öffentlichen Aufgaben“ erledigen lassen wolle, bleibe Sache seines freien Ermessens⁴; die öffentliche Aufgabe des Notars sei „als Ausübung staatlicher Funktionen“⁵ jedenfalls der Verfügungsfreiheit des einzelnen entzogen.

Die gleiche Tendenz zeigt sich, als das Bundesverfassungsgericht die Abhaltung von Wahlen zur „öffentlichen Aufgabe“ erhebt und diese Agenden offensichtlich wiederum als staatliche Aufgaben versteht⁶.

Deutlich wird die Identifizierung zwischen öffentlichen und staatlichen Aufgaben ferner dort, wo das Bundesverfassungsgericht die Grundrechtsgeltung für juristische Personen des öffentlichen Rechts verneint, soweit sie „öffentliche Aufgaben“ wahrnehmen, da der Staat nicht gleichzeitig Adressat und Berechtigter der Grundrechte sein könne. Das gelte auch, wenn er sich zur Erfüllung „seiner Aufgaben eines selbständigen Rechtsgebildes“ bediene⁷.

² So *Balser*, Heinrich, Öffentlicher Dienst privater Betriebe, in Festschrift für Friedrich List, Baden-Baden 1957, S. 172—177 f.—; *Becker*, Verwaltungsausgaben, S. 187 f.; *Frick*, Heinrich, Die Staatsaufsicht über die kommunalen Sparkassen, Berlin 1962, S. 37; *Geiger*, Hubert, Grenzen des Rundfunkmonopols, Diss. Bonn 1971, S. 69; *Ipsen*, VVDStRL 25 (1967) 263 (Subventionierung als „öffentliche Aufgabe“); *Klein*, H. H., DÖV 1965/755—758, Fn. 33—; *Nicolaysen*, Gert, Eigentumsgarantie und vermögenswerte subjektive öffentliche Rechte, in Festschrift für Friedrich Schack, Hamburg 1966, S. 107—113—; *Simons*, Tula, Der Aufbau der Kohlenwirtschaft nach dem Kohlenwirtschaftsgesetz vom 23. 3. 1919, Berlin 1931, passim; *Ule*, ZfSR 1962/637—647 f., 654—; *Waldecker*, Korporation, S. 107, 112; *Zeidler* AöR 86 (1961) 361—397 f.— (m. w. Nachw.).

³ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 2. 4. 63, 2 BvL 22/60, BVerfGE 16/6—24—.

⁴ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 5. 5. 64, 1 BvL 8/62, BVerfGE 17/371—376 f.—.

⁵ Vgl. BVerfG, wie vor, S. 380.

⁶ Vgl. BVerfG, Urt. v. 24. 6. 58, 2 BvF 1/57, BVerfGE 8/51—63— und Urt. v. 19. 7. 66, 2 BvF 1/65, BVerfGE 20/56—96 f.—.

⁷ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 2. 5. 67, 1 BvR 578/63, BVerfGE 21—362—372, 374 f., 396 f.—; Beschl. v. 19. 12. 67, 2 BvL 4/65, BVerfGE 23/12—30—; vgl. auch

Schließlich kennt auch das Gesetz eine Reihe von Vorschriften, in denen der Terminus „öffentliche Aufgabe“ enthalten und als „staatliche Aufgabe“ zu verstehen ist. So darf die Aussagegenehmigung für Beamte und ihnen Gleichgestellte nur versagt werden, wenn die Bekundung zu einer ernstlichen Gefährdung oder erheblichen Erschwerung der Erfüllung „öffentlicher Aufgaben“ führen würde⁸. Die Natur derartiger, zum Recht des öffentlichen Dienstes zählender Regelungen ergibt, daß es sich bei solchen „öffentlichen Aufgaben“ nur um Aufgaben des Staates handeln kann.

Wo ferner in einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen die Wohnungsbauförderung zur „öffentlichen Aufgabe“ erhoben ist⁹, handelt es sich nach einem Bericht des Bundestagsausschusses für Wiederaufbau und Wohnungswesen¹⁰ zutreffend um eine „vordringliche Aufgabe der öffentlichen Hand“, also des Staates.

Schließlich sei auf die Vorschriften verwiesen, welche eine Zwangsvollstreckung für unzulässig erklären, wenn sie in Sachen betrieben wird, „die für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben...unentbehrlich sind“¹¹. Hier kann es sich wiederum nur um Objekte handeln, die — wie etwa Gegenstände des Verwaltungsvermögens — der Wahrnehmung staatlicher Agenden dienen¹².

2. Zweitens erfährt der Ausdruck „öffentliche Aufgabe“ eine der vorstehenden Deutung konträre Definition, nach welcher sich diese Agenden *zwischen* denen staatlicher und solchen individuell-privater Provenienz eingliedern. Jene Kategorisierung entzweit sich jedoch im Detail. Dort werden nämlich zur Qualifizierung einer Agende als „öffentliche Aufgabe“ widersprechende tatbestandliche Anforderungen gestellt. „Öffentliche Aufgaben“ werden ermittelt einmal auf Grund ihres im staatsfreien Raum der Gesellschaft ansässigen Trägers, zum anderen nach den für ihre Wahrnehmung erforderlichen spezifisch ge-

Beschl. v. 21. 1. 70, 2 BvL 27/63, BVerfGE 27/364—374—: „... hat sich die öffentliche Hand ... dafür entschieden, eine öffentliche Aufgabe mit Mitteln des Privatrechts wahrzunehmen ...“.

Vgl. auch BGH, Urt. v. 21. 11. 61, V ZR 73/60, NJW 1962/631—632— für die Ausübung des Vorkaufsrechts durch die Gemeinde als „öffentliche Aufgabe“.

⁸ Vgl. § 62 Abs. 1 BBG (v. 22. 10. 65, BGBl I 1776), § 39 Abs. 3 BRRG (v. 12. 10. 65, BGBl I 1754), § 7 Abs. 1 BMinG (v. 17. 6. 53, BGBl I 407), § 11 Abs. 1 WehrbeauftragtrG (v. 26. 6. 57, BGBl I 652).

⁹ Vgl. §§ 1 des WoBauG (v. 25. 8. 53, BGBl I 407) und des WoFamG (v. 1. 9. 65, BGBl I 1618).

¹⁰ Vgl. Fischer-Dieskau-Pergande-Schwender, Das zweite Wohnungsbau-gesetz, Köln 1956, S. 3 zu § 1.

¹¹ Vgl. §§ 170 Abs. 3 S. 1 VwGO, 882 a Abs. 2 S. 1 ZPO.

¹² Eyermann, Erich, — Fröhler, Ludwig, Verwaltungsgerichtsordnung, 5. Aufl., München 1971; § 170, Rn. 7; Wieczorek, Bernhard, Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 2. Aufl., Berlin 1966, § 882 a, Erl. D I.

sellschaftlichen Einrichtungen und schließlich anhand des mit ihnen verknüpften öffentlichen Interessentenkreises¹³. Erst im Falle einer Verstaatlichung durch Anziehung und Erfüllung der ehemals öffentlichen Aufgaben seitens des Staates sollen sie ihres früheren Charakters verlustig gehen und zu staatlichen Aufgaben avancieren.

Eine Würdigung der unterschiedlichen Einzelmerkmale jener Kategorie „öffentliche Aufgabe“ sei vorerst zurückgestellt¹⁴. Zunächst geht es darum, Anhaltspunkte für die *grundlegende* Differenzierung zwischen öffentlichen und staatlichen Aufgaben zu gewinnen. Solche finden sich sowohl in der Literatur¹⁵, als auch in der ersichtlich flexiblen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. So führt das Gericht aus, der Kassenarzt erfülle eine öffentliche Aufgabe, besitze deshalb aber keine öffentlich-rechtliche Dienststellung im Sinne des Art. 33 Abs. 4 GG. Hiermit wird zwischen den Zeilen dargelegt, daß aus dem bloßen Bestehen einer öffentlichen Aufgabe nicht gleichzeitig auf ihre staatliche Relevanz bzw. Rechtsnatur geschlossen werden darf, daß also öffentliche und staatliche Aufgaben nicht identisch sind¹⁶. Die gleiche Folgerung ist angebracht, wenn das Bundesverfassungsgericht darlegt, die Veranstaltung von Rundfunksendungen sei eine öffentliche Aufgabe, die erst zur staatlichen werde, wenn sich der Staat mit ihr in irgendeiner Form befasse¹⁷. Schließlich sei verwiesen auf den die Entscheidung (im Sinne von § 15 Abs. 2 S. 4 BVerfGG) nicht tragenden Teil der Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts im sog. Spiegel-Urteil. Danach darf die öffentliche Aufgabe der Presse nicht von der organisierten staatlichen Gewalt erfüllt werden¹⁸.

Diese Äußerungen von Rechtsprechung und Lehre zur Trennung zwischen öffentlichen und staatlichen Aufgaben finden selbst im Gesetz niedergelegte Parallelen. So kann die in den §§ 3 deutscher Landespressegesetze¹⁹ verankerte „öffentliche Aufgabe“ der Presse nicht als

¹³ Dazu ausf. s. u. § 10.

¹⁴ Dazu ausf. s. u. § 10.

¹⁵ Vgl. *Forsthoff*, Öff. Körperschaft, S. 18, 21 f.; *Herschel*, Staatsentlastende Tätigkeit, S. 231 f., 253; *Klein*, H. H., DÖV 1965/755 f.; *Köttgen*, Öff. Amt, S. 121, 146 f.; *Leisner*, Werbefernsehen, S. 22 f.; ders., DÖV 1970/217—219—; *Obermayer*, Klaus, Die Pressefreiheit in der Verfassungsordnung des Bonner Grundgesetzes, BVBl 1965/397—398—; *Steiner*, JuS 1969/69—70—; *Stern*, Klaus, Die öffentliche Sache, VVDStRL 21 (1964) 183—194—; *Wolff*, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. I, § 2 II (S. 10 f., 12).

¹⁶ Vgl. BVerfG, Urt. v. 23. 3. 60, 1 BvR 216/51, BVerfGE 11/30—39—.

¹⁷ Vgl. BVerfG, Urt. v. 28. 2. 61, 2 BvG 1, 2/60; BVerfGE 12/205, 206 Ls. 7, 243 f.; im Anschluß: BVerwG, Urt. v. 5. 11. 65, VII C 119/64, BVerwGE 22/299—302—; BayVGh, Urt. v. 23. 2. 67, 74 VI 66, DVBl 1967/332—333—; neuestens: BVerfG, Urt. v. 27. 7. 71, 2 BvF 1/68, 2 BvR 702/68, BVerfGE 30/314—329—; zu den Konsequenzen dieser Differenzierung, s. u. § 12, Fn. 13.

¹⁸ Vgl. BVerfG, Urt. v. 5. 8. 66, 1 BvR 586/62 u. a., BVerfGE 20/162—175—.

¹⁹ Baden-Württemberg v. 14. 1. 64, GBl. S. 11; Bayern v. 3. 10. 49, GVB1

staatliche Aufgabe verstanden werden, weil solches der Konzeption des Grundgesetzes von einer freien Presse²⁰ widerspräche. Dagegen hatte § 1 des Schriftleitergesetzes²¹ mit der öffentlichen Aufgabe des Schriftleiters noch ein öffentlich-rechtliches Pflichtverhältnis umschrieben²².

3. Drittens wird der Terminus „öffentliche Aufgabe“ im weitesten Sinne aufgefaßt als *Oberbegriff* für alle nicht individuell-privaten Agenden, welcher sowohl staatliche Aufgaben wie Aufgaben von außerstaatlicher, nicht aber individuell-privater, sondern im engeren Sinne „öffentlicher“ Provenienz einschließt. Danach verkörpert die Staatsaufgabe eine der Unterarten des Oberbegriffs „öffentliche Aufgabe“.

Diesem Verständnis zufolge finden „öffentliche Aufgaben“ staatliche wie nichtstaatliche Erledigung. Ihr wesentliches Merkmal besteht darin, daß ihnen eine bestimmte Gewichtigkeit überindividueller Art eignet. Erst wenn der Staat eine im geschilderten weiten Sinn „öffentliche“ Aufgabe unmittelbar übernimmt oder sie durch eine juristische Person des öffentlichen Rechts bzw. im Wege der Beleihung erfüllen läßt, entsteht hiernach eine (zugleich) staatliche Aufgabe, die aber letztlich weiter dem Oberbegriff „öffentliche Aufgabe“ zugerechnet wird.

In der Literatur finden sich neben allgemeinen Äußerungen im Sinne jener letzten Ansicht²³ spezielle Differenzierungen der öffentlichen Aufgabe in „staatliche öffentliche Aufgaben“ und „öffentliche Aufgaben, deren Erfüllung nicht Sache des Staates ist“²⁴, sowie Klassifizierungen der öffentlichen Aufgabe in fünf Stadien, gestaffelt nach der Eskalation des staatlichen Einflusses bzw. Zugriffs auf die jeweilige Wahrnehmung der betreffenden „öffentlichen“ Agenden²⁵.

S. 243; Bremen v. 16. 3. 65, GVBl S. 63; Hamburg v. 29. 1. 65, GVBl S. 15; Niedersachsen v. 22. 3. 65, GVBl S. 15; Nordrhein-Westfalen v. 24. 5. 66, GVBl S. 340; Rheinland-Pfalz, v. 14. 6. 65, GVBl S. 107; Saarland v. 12. 5. 65, ABl S. 409; Schleswig-Holstein v. 19. 6. 64, GVOBl S. 71.

²⁰ Vgl. Art. 5 Abs. 1 GG und BVerfG, wie Fn. 18.

²¹ V. 4. 10. 33, RGBI I 713.

²² Vgl. näher *Martens*, Öffentlich, S. 126; *Klein*, H. H., DÖV 1965/755 Fn. 4; ausf.: *Hagemann*, Jürgen, Die Presselenkung im Dritten Reich, Bonn 1970.

²³ Vgl. *Becker*, Verwaltungsaufgaben, S. 187; *Czajka*, Öff. Aufgabe, S. 83; *Ellwein*, Thomas, Zur Entwicklung der öffentlichen Aufgaben, DÖV 1972/13 f.; *Grund*, Hartmut, Das Monopol der öffentlichen Hand im Rundfunk- und Fernsehwesen, DVBl 1969/481—482, Fn. 29—; *Häberle*, Öff. Interesse, S. 211 f. (214); *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip, S. 256 (aber auch S. 174, Fn. 85!); *Jerschke*, Öffentlichkeitspflicht, S. 224 f.; *Köttgen*, VerwArch 44 (1939) 18; *Lerche*, Rundfunkmonopol, S. 88 f.; *Peters*, Aufgaben, S. 879; *Scheffler*, NJW 1965/849—850—; *Scholz*, Koalitionsfreiheit, S. 206.

²⁴ Vgl. *Martens*, Öffentlich, S. 119.

²⁵ So *Peters*, Aufgaben, S. 877 f., 879 f., welcher die Befassung mit öffentlichen Aufgaben wie folgt abstuft:

1. Verzicht des Staates auf Betätigung und Einfluß zugunsten alleiniger und unabhängiger Wahrnehmung durch Private

In ähnlicher Terminologie führte das Bundesverfassungsgericht aus, kirchliche Gewalt sei „öffentliche, nicht aber staatliche Gewalt“, die Kirchen betätigten jedoch diese Gewalt mitunter als „mittelbar auch staatliche Gewalt“²⁶. Neuestens bezeichnet das Gericht die Bevorratung von Erdölzeugnissen als „eine öffentliche, ja im engeren Sinne staatliche Aufgabe“²⁷. Daraus geht hervor, daß hier „öffentlich“ in einem weiteren, ebenfalls staatliche wie nichtstaatliche Agenden umfassenden Sinne verstanden wurde.

Letztlich sei aus dem geschriebenen Recht an § 1 ParteiG erinnert, welcher ebenfalls die öffentliche Aufgabe der Parteien im geschilderten weiten Sinne versteht.

Angesichts jener, selbst in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts festzustellenden uneinheitlichen und widersprüchlichen Verwendung des Ausdrucks „öffentliche Aufgabe“ ergibt sich die Notwendigkeit der Auslotung seiner rechtlichen Relevanz und inhaltlichen Beschaffenheit. Zu diesem Zweck ist zunächst eine Analyse des Adjektivs „öffentlich“ angezeigt.

II. Das Adjektiv „öffentlich“

1. Im *allgemeinen* Sprachgebrauch besitzt „öffentlich“ einen umfangreichen Wortsinn von verschiedenartigen konkurrierenden Bedeutungen. Diese Mehrdeutigkeit und letztliche Unbestimmtheit läßt sich im wesentlichen anhand folgender Umschreibung darstellen: erstens bringt „öffentlich“ einen Gegensatz zu „geheim“ zum Ausdruck, spricht weiter für die Eigenschaft allgemeiner Zugänglichkeit, steht ferner im Gegensatz zu „privat“ (bezieht sich als auf viele oder das ganze Publikum) und betrifft schließlich auch größere (politische) Integrationsgebilde, wie eine Gemeinde, ein Land, den Staat²⁸.

2. Eine Reduzierung dieser mannigfaltigen Begriffsinhalte auf die hier interessierende *rechtliche* Bedeutungssphäre muß einsetzen bei der Untersuchung des Wortes „öffentlich“ nach seiner Entwicklung und heutigen Verwendung in der Rechtssprache.

-
2. Vom öffentlichen Interesse gebotene staatliche Überwachung der Aufgabenerfüllung des Privaten
 3. Vom öffentlichen Interesse gebotener Erlass abstrakter Regelungen für außerstaatliche Aufgabenträger und Aufgabenerledigung
 4. Wahrnehmung der öffentlichen Aufgabe durch staatliche Behörden nach staatlicher Normierung
 5. Übertragung der vom Staat an sich genommenen Agenden auf abhängige Rechtsträger.

²⁶ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 17. 2. 65, 1 BvR 732/64, BVerfGE 18/385—386 f.—.

²⁷ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 16. 3. 71, 1 BvR 52/66 u. a., BVerfGE 30/292—311—.

²⁸ Vgl. statt aller *Martens*, Öffentlich, S. 22 f. mit ausführlichen Erläuterungen und zahlreichen Nachweisen, insbes. auf einschlägige philologische Literatur.

a) „Öffentlich“ entstammt einer Weiterbildung des Adjektivs „offen“ zu den alt- und mittelhochdeutschen Formen „offanlich“ und „offenlich“ als Umschreibung der Wahrnehmbarkeit oder Zugänglichkeit für eine Mehrheit von Personen. In diesem Sinne hat „offenlich“ Eingang in die Rechtssprache gefunden²⁹. Nachdem im Verlauf des Mittelalters „offenlich“ mit „gemein“ in Konkurrenz getreten war, rückte es zur Zeit der Rezeption des römischen Rechts in die Nähe des „gemein“ latinisierenden Wortes „publicus“. Folgerichtig erweiterte sich im 18. Jahrhundert die Wortbedeutung von „öffentlich“ auch in Analogie zu „publicity“ und „publicité“³⁰.

In dieser durch das Nebeneinander von „gemein“, „publicus“ und „öffentlich“ geprägten Sprachwandlungen³¹ hatte „öffentlich“ den generellen Zusammenhang mit den Bedeutungsbereichen des *populus* sowie der *salus*, *utilitas* und *res publica* gewonnen. Seitdem besitzt „öffentlich“ auch eine Hinwendung zum Wort Publikum³². Trotz seiner Beziehung zur *res publica* konnte das Adjektiv „öffentlich“ aber zunächst noch nicht mit dem Wesen des verselbständigten modernen Staatsbegriffs identifiziert werden: stellte doch die *res publica* keine Versachlichung eines von den Bürgern abgesonderten, abstrakt verstandenen und mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Staates dar, sondern allenfalls den Inbegriff gemeinsamer Angelegenheiten der Bürger, also das in deren bloßen Zusammenleben verwirklichte Gemeinwesen³³.

Mit der Diktion des ALR gewann „öffentlich“ indes doch eine spezifische Zuordnung zum Staat als organisiertem Funktionskomplex. „Öffentlich“ wurde (unter anderem. identisch mit „staatlich“³⁴. Zugleich hatte es den altdeutschen Ausdruck „gemein“ endgültig verdrängt.

Insgesamt ist festzustellen, daß auf der im 18. Jahrhundert abgeschlossenen Verschmelzung der sachlichen Gehalte von „öffentlich“, „gemein“ und „publicus“ in einem und demselben Wort, nämlich in „öffentlich“, die gegenwärtige Vielfalt der unterschiedlichen Bedeutungen und die letzte Unbestimmtheit dieses Ausdrucks beruht.

b) Heute erfaßt der Gebrauch von „öffentlich“ in rechtlicher Hinsicht allgemein die Zugehörigkeit einer Erscheinung, die Zuordnung eines Sachverhaltes, zu folgenden Sinngehalten: einmal stellt „öffentlich“ den Tatbestand des Offenseins, der Allgemeinzugänglichkeit dar, wie er etwa in der Gerichts- und Parlamentspraxis³⁵ auftaucht.

²⁹ Vgl. *Martens*, Öffentlich, S. 24 f., m. zahlr. Nachw.; *Smend*, Problem des Öffentlichen, S. 12.

³⁰ Vgl. *Smend*, wie vor.

³¹ Vgl. *Martens*, Öffentlich, S. 25 f., 32.

³² Vgl. *Forsthoff*, Öff. Körperschaft, S. 15; *Smend*, Problem des Öffentlichen, S. 16.

³³ Vgl. *Martens*, Öffentlich, S. 26 f., welcher darauf hinweist, daß die offizielle Bezeichnung für das römische Gemeinwesen nicht ohne Grund „*populus Romanus*“ gewesen ist (aaO, S. 27).

³⁴ Zum heutigen Verhältnis dieser sich wandelnden Beziehung zwischen „öffentlich“ und „staatlich“ s. u. III. 3. d.

³⁵ Vgl. §§ 169 ff. GVG, Art. 42 Abs. 1 S. 1, Art. 52 Abs. 3 S. 3 GG; vgl. auch *Arndt*, Adolf, Das Öffentliche, NJW 1960/423 f.; *Scholz*, Gemeindl. öffentl. Einrichtungen, S. 119.

Zum andern umschreibt „öffentlich“ einen Zustand, der dem Lebensbereich im Gemeinwesen eigen ist: in diesem weitesten Sinn ist „öffentlich“ alles das, was „unbestimmt welche und wieviele Personen“³⁶ betrifft. Unter diese Bedeutung von „öffentlich“ fallen ersichtlich die meisten sozialen Geschehnisse, wie öffentlicher Verkehr, öffentliche Meinung und dergleichen mehr. Nicht „öffentlich“ ist hingegen jenes, was sich auf eine Einzelperson³⁷ oder einen engeren, in sich verbundenen und bestimmt abgeschlossenen Kreis von Personen beschränkt³⁸. Diese letzteren — zuerst für das Strafrecht entwickelten — Grundsätze besitzen auch im übrigen Recht Geltung³⁹.

Drittens meint „öffentlich“ in einem engeren und insbesondere dem Staats- und Verwaltungsrecht eigenen Verständnis die Zugehörigkeit und das Bezogensein auf eine sozial oder politisch relevante bzw. geante Vielheit. Hierher gehören so kontroverse Begriffe wie „die öffentliche Hand“ oder „öffentliche Verbände“⁴⁰. In diese dritte Sphäre von „öffentlich“ fällt auch der Terminus „öffentliche Aufgabe“. Die weitere Untersuchung kann sich folglich auf eine Analyse dieser letzten Bedeutung von „öffentlich“ beschränken.

Als substantivierte Formen von „öffentlich“ kennt die Rechtssprache einmal im sachlich-dynamischen Sinn die „Öffentlichkeit“ als Gegensatz zum einzelnen Individuum, zum andern in organisatorischer Sicht „das Öffentliche“ als Gegensatz zum Privaten⁴¹.

c) Diese allgemeinen Feststellungen zum Inhalt des Adjektivs „öffentlich“ und zur Bestandsaufnahme seiner Verwendung in rechtlicher Hinsicht, lassen noch keine Aussage über die juristische Relevanz von Erscheinungen und Gebilden zu, welche als „öffentlich“ bezeichnet werden. Weiterer Klärung bedarf deshalb die Frage, ob und gegebenenfalls inwieweit das Wort „öffentlich“ in Verbindung mit anderen Begriffen oder — in seinen substantivierten Formen — allein für sich zu rechtlich erheblichen Folgerungen zu führen vermag, kurz: ob „öffentlich“ ein Begriff von selbständiger juristischer Relevanz ist.

³⁶ Vgl. RG, Urt. v. 5. 1. 1891, Rep. 3316/90, RGSt 21/254 f.; auch Wolff, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. I, § 2 II (S. 10); Scholz, wie vor; Forsthoff, Öff. Körperschaft, S. 14.

³⁷ Von einer diesbezüglichen weitverbreiteten Fehlinterpretation wird unten, § 10, A. II. zu handeln sein.

³⁸ Vgl. RG, wie Fn. 36.

³⁹ Vgl. bspw. § 15 Abs. 3 UrhG; ähnl. § 17 Abs. 4 StAnpG.

⁴⁰ Vgl. etwa auch Art. 7 GG, wo mit „öffentlichen“ Schulen im Gegensatz zu den Privatschulen das staatliche Schulsystem gemeint ist; s. auch Wolff, H. J., Verwaltungsrecht Bd. I, § 2 II (S. 10).

⁴¹ Vgl. Forsthoff, Öff. Körperschaft, S. 16.

III. Öffentlich als Rechtsbegriff

1. Rechtssatzbegriff und rechtswissenschaftlicher Begriff „öffentlich“

Bei der Suche nach der juristischen Erheblichkeit von „öffentlich“ stößt man auf die Unterscheidung dieses Terminus als Gesetzesbegriff auf der einen und als rechtswissenschaftlicher Begriff auf der anderen Seite.

a) Wo öffentlich als Begriff des geschriebenen Rechts unter verschiedenartigen Bedeutungen in zahlreichen Rechtsnormen⁴² auftaucht, ist an seiner rechtlichen Relevanz nicht zu zweifeln. Wurde dieser Terminus vom Gesetzgeber auch nur in den seltensten Fällen umschrieben oder gar definiert, so gewann er durch die Praxis doch tragfähige Auslegungen.

Öffentlich stellt sich jedoch auch als ein rechtswissenschaftlicher Begriff dar, wie er — unabhängig vom Gesetzesrecht — dem Betrachter etwa in der Formel einer „legitimen öffentlichen Aufgabe“ gegenübertritt. Insbesondere Rudolf Smend hat den Anstoß dafür gegeben, daß diese rechtswissenschaftliche Komponente von „öffentlich“ und seinen substantivierten Formen des „Öffentlichen“ und der „Öffentlichkeit“ verstärkt zum Gegenstand des juristischen Interesses aufrückte. Seit er nämlich im Jahre 1951 beklagt hatte, der Begriff des Öffentlichen, „ein Kernbegriff des ... Staatsrechts“⁴³, sei der Gegenwart verlorengegangen, entwickelte sich in der Zwischenzeit eine lebhafte Diskussion um dieses Problem. Zwangsläufig erstreckt sich das wissenschaftliche Interesse heute kaum mehr auf „öffentlich“ als bloßen Gesetzesbegriff. Forschung und Lehre haben vielmehr den rechtswissenschaftlichen Begriff von „öffentlich“ zum Gegenstand intensiver Bemühungen erhoben. Dabei konnten naturgemäß kontroverse Auffassungen nicht ausbleiben.

b) Der Versuch, die mittlerweile fast unübersehbaren Äußerungen (und Randbemerkungen) zu diesem Komplex zu sichten und — auf das Wesentliche reduziert — darzustellen, kann sich an zwei unterschied-

⁴² Vgl. so unterschiedliche Kategorien wie:

— öff. Dienst (Art. 33 Abs. 3 S. 1; Abs. 4, 5 GG, Art. 75 Ziff. 1 GG, Art. 131 S. 1 GG, Art. 137 Abs. 1 GG, §§ 376 Abs. 1, 408 Abs. 2 ZPO), öff. Gewalt (Art. 19 Abs. 4 GG; Titel des UZwG), öff. Hand (§ 98 Abs. 1 GWB), öff. Recht (§ 7 HGB).
 — öff. Ärgernis (§ 183 Abs. 1 StGB), öff. Bekanntmachung (§§ 980 Abs. 1 S. 1, 1983 BGB, 134 StGB), öff. Blätter (§§ 280 Abs. 1 S. 1, 206 Abs. 1 S. 1 ZPO), öff. Sammlung (§ 1914 BGB), öff. Sicherheit (§ 42 b Abs. 1 S. 1 StGB, Art. 2 S. 1 BayPAG), öff. Versteigerung (§§ 383 Abs. 3 S. 1, 966 Abs. 2 S. 1, 979 Abs. 1 S. 1, 1219 Abs. 1 S. 1, 1235 Abs. 1 BGB; 814 ZPO).
 — Zur gesetzlichen Verwendung des Begriffs „öff. Aufgabe“ s. o. Fn. 8—12, 19—22 und § 1 PartG.

⁴³ Smend, Rudolf, Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz, ZevKR 1 (1951) 4—13—.

lichen Prämissen orientieren: in terminologischer Hinsicht handelt es sich um die Tatsache, daß „öffentlich“ zunächst in einem begrifflichen Gegensatz zu „privat“ steht; in grundrechtsdogmatischer Hinsicht ist die Notwendigkeit evident, zwischen staatlichem und nichtstaatlichem Bereich und deren jeweiligen Repräsentanten, Staat und Individuum, zu unterscheiden. Der vorhandene Raum für eine Qualifizierung von Erscheinungen und Gebilden, von Vorgängen und Sachverhalten als „öffentlich“ umfaßt folglich alles, was nicht in die Zone des individuell Privaten fällt.

Soweit „öffentlich“ im institutionell-etatistischen Sinn eine Identität mit „staatlich“ zum Ausdruck bringen mag, kann dieser Aspekt in der weiteren Erörterung hintangestellt werden. Denn es wäre unsachgemäß, wollte man sich im Rahmen dieser Untersuchung mit einer Gleichsetzung von „öffentlich“ und „staatlich“ begnügen und daran ein Pseudoproblem konstruieren. Insoweit wäre auch die Frage nach der juristischen Relevanz des Wortes „öffentlich“ falsch aufgefaßt. Immerhin wird auf den Identitätsgesichtspunkt noch einmal zurückzukommen sein: bei der Entwicklung einer den Erfordernissen klarer und praktikabler Terminologie gerecht werdenden Differenzierung der Begriffe „öffentlich“ und „staatlich“.

Der weitaus fragwürdigere und problemhaftere Gehalt von „öffentlich“ liegt dort, wo dieser Ausdruck in Beziehung gesetzt wird zu außerstaatlichen, jedoch nicht individuell-privaten Vorgängen, Erscheinungen und Gebilden.

Daher steht im Mittelpunkt der weiteren Untersuchung die Frage nach der *Existenz* eines solchen zwischen Staat und Individuum eingelagerten und als „öffentlich“ ansprechbaren Bereiches (2.). Bejahendenfalls wird zu ermitteln sein, ob sich aus der Tatsache der Zugehörigkeit zu oder des Bezogenseins auf jene Sphäre rechtlich erhebliche Aussagen und Folgerungen ableiten lassen, d. h.: ob „öffentlich“ in dieser Hinsicht⁴⁴ die selbständige Relevanz eines *Rechtsbegriffes* besitzt (3.).

2. Der „öffentliche“ Bereich

a) Staat und Gesellschaft

Die Suche nach jener imaginären Zone von Vorgängen, Erscheinungen und Gebilden zwischen dem Staat und der individuellen Privatsphäre des einzelnen stößt auf das Phänomen „Gesellschaft“ und damit zwangsläufig auf das Problem ihres Verhältnisses zum Staat.

⁴⁴ Nämlich bezogen auf jenen fraglichen Bereich zwischen Staat und Individuum. Bei dieser Fragestellung ist „öffentlich“ sowohl als Rechtssatzbegriff wie als rechtswissenschaftliches Synonym für „staatlich“ aus der weiteren Erörterung vorerst ausgeklammert.

Das Wort „*Staat*“ ist erst nach Beginn der Neuzeit in die deutsche Sprache eingedrungen. Luther hat es noch nicht gekannt und redete für seine Zeit zutreffend von „Obrigkeit“. Erst im Italien des ausgehenden Mittelalters tauchte mit „*lo stato*“ eine Bezeichnung für das Machtinstrument des Herrschenden auf.

Heute stellt sich der Staat nicht mehr als ein ausschließlich auf Subordination gegründeter Obrigkeitapparat dar. Um die Jahrhundertwende wurde in Anlehnung an den Gegensatz von Genossenschaft und Herrschaft dem Begriff Obrigkeitsstaat die Idee vom Gemeinwesen konfrontiert⁴⁵. In Fortführung dieser Lehre fand die Idee des Staates ihre Ableitung von der „einzigen und einen Uridee der Genossenschaft“⁴⁶. Die Fundamente des reinen Obrigkeitsstaates waren ins Wanken geraten. Von der Weimarer Verfassung aufgegriffen, erreichte diese Entwicklung unter dem freiheitlich-demokratischen Grundgesetz schließlich ihren gegenwärtigen Höhepunkt und vorläufigen Abschluß. Der heutige Staat steht mit seiner Sozial-, Vorsorge- und Förderungsfunktion einem auf Koordination und Kooperation gegründeten Gemeinwesen näher als jenem früheren Obrigkeitsstaat. Daher kennt der Staat des Grundgesetzes auch nicht mehr die Konfrontation zum Volk, welches ihn konstituiert, noch ist er „an sich“⁴⁷.

Der Begriff „*Gesellschaft*“ andererseits besitzt weite und speziellere enge Bedeutung. Zwischen der „guten“ oder „schlechten Gesellschaft“, in der sich jemand befindet und der „*society*“ eines Arnold J. Toynbee, die als historische, Zivilisation und Kultur bestimmende Erscheinung in Raum und Zeit zu verstehen ist, klafft ein weiter Abstand⁴⁸.

Während der umfassende Gesellschaftsbegriff⁴⁹ der modernen Soziologie den Staat in sich einschließt, wird in der deutschen Rechtswissenschaft⁵⁰ und der von ihr beeinflussten Literatur „Gesellschaft“ als Zusammenfassung aller Erscheinungen des menschlichen Zusammenlebens außerhalb des Staates verstanden. War die ältere, ständisch aufgebaute Gesellschaft noch dem absolutistischen Staat in Ein- und Unterordnung verhaftet, so emanzipierte sich die seit 1789 erstehende bürgerliche Gesellschaft zu Eigenständigkeit und politischer Handlungsfähigkeit. Ihr Verhältnis zum Staat wurde als mehr⁵¹ oder weniger⁵² gegensätzlich beschrieben. Diese Antinomie zwischen

⁴⁵ Vgl. von Gierke, Genossenschaftsrecht, S. 822 f. (833).

⁴⁶ Vgl. Preuß, Hugo (Schüler von Gierkes) in: Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften, Berlin 1889, Neudruck Aalen 1964, S. 419.

⁴⁷ Damit ist der Staat im Sinne Carl Schmitts überwunden, vgl. von Westphalen, Karl Graf, In Sorge um die Demokratie, Köln 1963, S. 13.

⁴⁸ Vgl. (ausführlicher) Maste, Ernst, Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft und der Staatsbegriff, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, Beilage Nr. 4/1966 zur Wochenzeitung „Das Parlament“, Hamburg.

⁴⁹ Ausführlich zu den denkbaren Gesellschaftsbegriffen vgl. Jellinek, G., Allg. Staatslehre, S. 84 f., 92 ff.

⁵⁰ Im Anschluß an Hegel, dessen „bürgerliche Gesellschaft“ den Platz zwischen Familie und Staat einnimmt, vgl. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Berlin 1821, Neudruck Hamburg 1955, § 157 (S. 149).

⁵¹ Vgl. von Mohl, Robert, Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften, Bd. I, Erlangen 1855, Neudruck Graz 1960, S. 88 ff. (Gesellschaft als Bereich aller nichtstaatlichen überindividuellen Gruppierungen).

Vgl. von Stein, Lorenz, Begriff und Wesen der Gesellschaft? 1852, Neudruck Opladen 1956, S. 49 ff.; ders., Geschichte der sozialen Bewegung in

beiden Mächten besaß in der konstitutionellen Monarchie ihr verfassungsrechtliches und im liberalen Bürgertum ihr soziales Fundament.

Der polemische Dualismus in der Relation zwischen Staat und Gesellschaft wurde erst im 20. Jahrhundert überwunden⁵³. Kennzeichnend für diesen rechtshistorischen Prozeß ist die Wandlung der Staatsformen. Sie findet ihre treffende Umschreibung in der Überwindung von Redensarten wie „l'état c'est moi“ und „der Staat sind die Beamten“⁵⁴ durch die These „der Staat sind wir“. Im demokratisch verfaßten Staat geht die Staatsgewalt „vom Volke aus“, d. h. er ist begründet auf der Gesamtheit seiner Bürger.

Diese staatsbürgerliche Gesamtheit konstituiert aber nicht nur den Staat. Sie verkörpert zugleich das soziologisch-politische Phänomen „Gesellschaft“. Jener gemeinsame *personale* Ursprung von Staat und Gesellschaft erweist, daß eine gegnerische Polarität zwischen beiden Mächten jedenfalls in der demokratischen Staatswirklichkeit obsolet geworden ist⁵⁵. So verkörpert der heutige Staat weithin ein durch Repräsentation gebildetes Produkt der gesellschaftlichen Kräfte⁵⁶. Zugleich schafft sein Wirken die Voraussetzungen für die Existenz der Gesellschaft, indem er ihr Schutz und Hilfe gewährt. Seit folglich der Staat als „eine für die Gesellschaft“⁵⁷ unentbehrliche Einrichtung der Gesellschaft anzusehen ist, hat sich das „gegensätzliche Spannungsverhältnis“ zu einem „partiellen Identitätsverhältnis“⁵⁸ gewandelt.

Das bedeutet allerdings nicht, daß sich die Gesellschaft mit dem Staat als dem Inhaber von Herrschaftsgewalt und Machtausübung auch *functional* identifizieren oder der Staat sich die Gesellschaft unterwerfen darf. Eine solche Entwicklung würde das Abgleiten des freiheitlich-demokratischen in den grundgesetzwidrigen totalen Staat verkörpern. Zwar läßt sich zwischen Staat und Gesellschaft eine reale Trennung in personeller Hinsicht⁵⁹ nicht mehr vollziehen. Aber im Interesse der

Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage, Bd. I, Kiel 1849, Neudruck Hildesheim 1959, S. 13 f., 24 ff., 32 (Gesellschaft als Raum der privaten, auf Wirtschaft und Erwerb bezogenen Einzelinteressen).

⁵² Vgl. Hegel, s.o. Fn. 50, §§ 182 ff. (S. 165 ff.), welcher die Gesellschaft als System der individuellen Bedürfnisse und Sonderinteressen umschrieb (§ 188, S. 169) und den Dualismus eher dialektisch als polemisch verstand.

⁵³ Zur Entwicklung vgl. Leibholz, VVDStRL 24 (1966) 7 ff.; Zippelius, Allg. Staatslehre, S. 136 ff.

⁵⁴ Vgl. Fleiner, Fritz, Beamtenstaat und Volksstaat, in Festgabe für Otto Mayer, Tübingen 1916, S. 29—34—.

⁵⁵ Vgl. Jellinek, G., Allg. Staatslehre, S. 96.

⁵⁶ Vgl. Hesse, Konrad, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 17 (1959) 116.

⁵⁷ Vgl. Eschenburg, Staat und Gesellschaft, S. 19.

⁵⁸ Vgl. Leibholz, Repräsentation, S. 245.

⁵⁹ Von der Unmöglichkeit realer Trennung spricht ohne nähere Differenzierung Hesse, Konrad, Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, in Festgabe für Rudolf Smend, Tübingen 1962, S. 71—79—.

Sicherung privater Freiheit gegenüber permanent zunehmender Heranführung von Gruppen und Einzelindividuen an den Staat, zur Verhinderung völliger Ideologisierung des Staates und totaler Politisierung der Gesellschaft ist die Beziehung beider Größen unter funktionalen Aspekten nach wie vor der Maxime konsequenter Trennung zu unterwerfen⁶⁰.

Staat und Gesellschaft sind sich heute augenfällig in einem subtilen Verhältnis zugeordnet und gegenübergestellt⁶¹. Handelte es sich im liberalen Rechtsstaat um einen polemischen Dualismus zwischen Staat und bürgerlicher Gesellschaft, so herrscht im Rechts- und Sozialstaat zwischen Staat und industrieller Gesellschaft eine eher dialektische Beziehung⁶². Damit ist die Spannung nicht restlos gewichen. Fehlt auch die feindliche Polarität, so zeigt die liberale Komponente der Grundrechte⁶³, daß trotz aller Harmonisierung und Durchdringung zwischen Staat und Gesellschaft eine gewisse mißtrauische Zurückhaltung verblieben ist. Diese faktische Gegebenheit läßt sich über den Rechtsstaatssatz unschwer belegen: danach muß zum Selbstregulierungsprinzip der Gesellschaft nach wie vor als unverzichtbares Pendant die „Außen- oder Fremdsteuerung“ durch den Herrschafts- und Sicherungsapparat „Staat“ hinzutreten⁶⁴.

Insgesamt darf festgehalten werden, daß mit der Existenz der Gesellschaft ein Bereich von Kräften und Mächten nachgewiesen ist, wel-

⁶⁰ Diese Trennung bestreitet Ehmke, Horst, Staat und Gesellschaft als verfassungs-theoretisches Problem, in: Festgabe für Smend, Tübingen 1962, S. 23—24 f.—; ebenso Häberle, JuS 1967/64 f.; ders., Öff. Interesse, S. 214; vgl. auch Hesse, wie vor; dazu ausf. Isensee, Subsidiaritätsprinzip, S. 151 ff.

⁶¹ Vgl. Badura, Verwaltungsrecht, S. 27; Dürig, Günter, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 29 (1971) 126 f.; Gastroph, Vereinigungen, S. 80 f.; Henke, VVDStRL 28 (1969) 166; Herzog, Allg. Staatslehre, S. 145 f.; Huber, E. R., Rechtsstaat, S. 11; Kaiser, Repräsentation, S. 321; Krüger, H., Allg. Staatslehre, S. 526 f.; Legaz-Lacambra, Luis, Ideologie und Staat, in Epirrhosis, Festgabe für Carl Schmitt, Berlin 1968, Bd. I, S. 275—277 f.—; Leibholz, VVDStRL 24 (1966) 23; Lerche, Verfassungsfragen, S. 33; Maunz, Theodor, Gesellschaft und Staat, in Die Sozialordnung der Gegenwart (hrsg. von Maunz, Th., Schraft, H., u. a.), Bd. IX, Berlin 1970, S. 33 f.; Peters, Aufgaben, S. 879; Pohle, VerwArch 53 (1962) 203 (Fn. 14); Ridder, Gewerkschaften, S. 14; Rinken, Das Öffentliche, S. 111 f.; Rupp, Privateigentum, S. 11 (Fn. 9); Scheuner, VVDStRL 22 (1965) 30; Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 151 f.; Weber, W., Zwangskorporationen, S. 215; ders., JJB 8 (1967/68) 144 f.

⁶² Wie sie schon Hegel (s. o. Fn. 52) angedeutet hat; vgl. ebenso Gastroph, Vereinigungen, S. 75 f., 80 f.; Kaiser, Repräsentation, S. 338; Köttgen, Arnold, Innerstaatliche Gliederung und moderne Gesellschaftsordnung, Göttinger Festschrift für das OLG Celle, Göttingen 1961, S. 79—84 f.—; ders., Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, Festschrift des Deutschen Juristentages, Bd. I, Karlsruhe 1960, S. 577—586—.

⁶³ Zum Doppelcharakter der Grundrechte s. u. § 17, Fn. 4.

⁶⁴ Vgl. Herzog, Allg. Staatslehre, S. 146.

cher sich zwischen Staat und Individuum eingliedert und jedenfalls unter empirischen Aspekten mit keinem dieser beiden Exponenten der Rechtsordnung identifiziert werden kann. Es wird der folgenden juristischen Würdigung dieses Phänomens aufgegeben sein, weitere Klarheit zu schaffen.

b) „Das Öffentliche“ und „die Öffentlichkeit“

Zwischen den substantivierten Formen von „öffentlich“ und jenem Raum, den die Gesellschaft einnimmt, besteht ein häufig nicht klar herausgestellter zweifacher Zusammenhang.

In statisch-organisatorischer Sicht⁶⁵ ist das „Öffentliche“ identisch mit jeder vom Staat zu trennenden Gesellschaft⁶⁶. Das Öffentliche stellt sich folglich als Bereich der unter institutionellem Aspekt nicht zum Staat gehörigen politischen und sozialen Mächte und Kräfte dar⁶⁷. Denn es trifft nicht zu, daß überall dort, wo sich das Volk organisiert, „etwas vom Staate“ sei⁶⁸. Eine derartige Ausuferung des Staatlichen würde gegen die verfassungsrechtliche Garantie der Sphäre des Privaten verstoßen⁶⁹. Andererseits kann die Gesellschaft mit ihrem reichen Bestand an politischen und sozialen Erscheinungen nicht in eine Identität mit den Belangen des Individuums gezwängt werden: die gemeinsamen Merkmale der gesellschaftlichen Gebilde bestehen in der Ausrichtung ihrer Tätigkeit auf mehr als nur individuell-private Ziele, in dem Bestreben, bei der Gestaltung des Gemeinwesens mitzuwirken und in ihrer immerhin programmatischen Orientierung am Gemeinwohl⁷⁰.

Ferner darf der dynamisch-funktionelle Aspekt⁷¹ jener Erscheinungen und Ereignisse im Raum zwischen Staat und Individuum nicht übersehen werden. Er ist symptomatisch für das Bestreben von Staat und Gesellschaft, die verbliebene Spannung weiter zu entschärfen, und damit das gegenseitige

⁶⁵ Wie sie insbes. *Forsthoff*, Öff. Körperschaft, S. 16 f., 27; *Weber*, H., Religionsgemeinschaften, S. 75, herausstellen.

⁶⁶ Vgl. *Krüger*, H., Allg. Staatslehre S. 347, welcher das Öffentliche von Staat und Individuum durch Existenz, Aufgaben und Motivation unterscheidet.

⁶⁷ Vgl. *Arndt*, Adolf, Das Öffentliche, NJW 1960/423—425—; *Hüberle*, JuS 1967/64—73— (aber ohne nähere terminologische Differenzierung); *Hesse*, VVDStRL 17 (1959) 42; *Kaiser*, Repräsentation, S. 29: „intermediärer Raum zwischen Individuum und staatlicher Gewalt“; *Molitor*, Öff. Recht und Privatrecht, S. 37; *Scheffler*, NJW 1965/849—850—; *Scheuner*, Öff. Körperschaften, S. 801 f.; ders., DÖV 1958/641—642—; *Scholz*, Koalitionsfreiheit, S. 197 f., 199.

⁶⁸ So *Krüger*, H., NJW 1956/1217—1220—.

⁶⁹ Vgl. *Hesse*, VVDStRL 17 (1959) 43 (Fn. 92).

⁷⁰ Vgl. *Weber*, H., Religionsgemeinschaften, S. 75.

⁷¹ Vgl. ausf. *Noltenius*, Selbstkontrolle, S. 102 f.; vgl. auch *Leisner*, Werbefernsehen, S. 23: „Staatsrechtliche Öffentlichkeit“; *Wiethölter*, Rudolf, Recht, in Wissenschaft und Gesellschaft, hrsg. v. Kadelbach, Gerd, Frankfurt 1967, S. 215—273—; anders differenzierend: *Rinken*, Das Öffentliche: „Die Öffentlichkeit: Das Volk“ (S. 249 f.); „Das Öffentliche: salus publica“ (S. 257); „Die dynamische Trias des Öffentlichen“ (S. 268).

Verhältnis zu harmonisieren⁷². Es handelt sich um das Podium der „Öffentlichkeit“, in welcher sich die maßgeblichen Vorgänge jener Annäherung abspielen: hier erfolgt die Integration des einzelnen in die Gesellschaft; hier gelangt der verbliebene dialektische Dualismus von Staat und Gesellschaft zur Austragung; hier wird eine Balancefunktion zwischen Staat und Individuum gebildet.

Diese „Öffentlichkeit“ ist somit die Ebene, auf der sich aus Staat und Gesellschaft heraus das politische Gemeinwesen durch Diskussion⁷³ und Konkurrenz⁷⁴, durch Integration⁷⁵, gegenseitige Durchdringung⁷⁶ und Kollektivierung⁷⁷ selbst verwirklicht und darstellt. Gerade jene Integrations- und Teilnahmebeziehungen innerhalb der Öffentlichkeit sind der privaten Sphäre, die nicht von öffentlichen, sondern individuellen Merkmalen bestimmt wird, fremd.

3. „Öffentlich“ als Rechtsinhaltsbegriff?

Nach dem die *Existenz* eines als „öffentlich“ zu deklarierenden Bereiches festgestellt ist, kann nach den rechtlichen *Auswirkungen* dieses Ergebnisses gefragt werden. Einerseits entwickelte sich ein materiell-werthafte Verständnis des Öffentlichen (a), zum anderen wird diesem Terminus bzw. Bereich nur faktisch-soziologische Bedeutung (b) zuerkannt.

a) Materiell-werthafte Verständnis des Öffentlichen

Als materiell, werthaft „öffentlich“ wird nicht nur der Staat in seinem Gesamtaufbau aus Bund, Ländern und Gemeinden sowie den anderen ihm zugehörigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts bezeichnet⁷⁸. Vielmehr erhalten darüber hinaus bzw. ausschließlich⁷⁹

⁷² Vgl. Brohm, Strukturen, S. 152.

⁷³ Vgl. Herzog, Allg. Staatslehre, S. 356.

⁷⁴ Vgl. Weber, W., JJB 8 (1967/68) 141: Spannungsfeld zwischen Staat und Gesellschaft.

⁷⁵ Vgl. Gastroph, Vereinigungen, S. 80 f.; Preuß, U., Begriff des Öffentlichen, S. 106 ff. m. ausf. Nachw.; Noltenius, Selbstkontrolle, S. 103 ff.; ausf. Smend, Problem des Öffentlichen, S. 13 f.

⁷⁶ Vgl. Rupp, Privateigentum, S. 11 (Fn. 19), der den TÜV als Organisation der Gesellschaft mit staatlichen Funktionen und gewisse Staatsorgane (Behörden) mit gesellschaftlichen Funktionen (z. B. mit der Verwaltung einer Stiftung des bürgerlichen Rechts) betraut sieht.

⁷⁷ Indem der einzelne nicht mehr als individuell bestimmte Persönlichkeit auftritt, sondern als „Wähler“, „Steuerzahler“, allgemein „Staatsbürger“, vgl. Noltenius, Selbstkontrolle, S. 103 f.

⁷⁸ So schon früher unter dem Aspekt der Gleichsetzung von „öffentlich“ und „staatlich“: Dempf, Alois, Sacrum Imperium, München, Berlin, 1929, S. 30 ff.; Stahl, Friedrich Julius, Die Philosophie des Rechts, 5. Aufl., Tübingen und Leipzig, 1878, Bd. I S. 565 f.; Bd. II, 1 S. 302 f.

⁷⁹ Je nachdem, ob der öffentliche Bereich auf die Zone zwischen Staat und Individuum beschränkt oder auch auf den Staat ausgedehnt wird.

auch Erscheinungen aus dem vorerwähnten öffentlichen Bereich zwischen Staat und Individuum materielle Öffentlichkeitsqualität zuerkannt⁸⁰. Zugleich wird damit diesen „öffentlichen“ Gebilden ein Kreis mehr oder weniger über nur individuell-private Rechtspositionen hinausreichender Privilegien und Obligationen beigemessen.

So zählt man unter dem Aspekt erheblicher Wichtigkeit und Bedeutung für die Gesamtheit zu jenem werthhaft öffentlichen Bereich zwischen Staat und Individuum etwa: die politischen Parteien⁸¹, die — institutionell garantierte — Presse⁸², die Tarifpartner, insbesondere die Gewerkschaften⁸³, die Massenmedien Rundfunk und Fernsehen⁸⁴, ferner — unabhängig von der Verleihung des öffentlich-rechtlichen Status — die Religionsgemeinschaften⁸⁵ und schließlich die Träger der freien Wohlfahrtspflege⁸⁶.

⁸⁰ Vgl. *Arndt*, Adolf, Das Öffentliche, NJW 1960/423—425—; *Forsthoff*, Öff. Körperschaft, S. 22, 69; *Häberle*, JuS 1967/64—74—; ders. Urteilsanmerkung, DVBl 1966/216—217—; ders., Öff. Interesse, S. 214 (unter dem Aspekt der Identität von Staat und Gesellschaft) u. S. 295 f.; *Hesse*, Rechtsschutz, S. 41 f.; ders., VVDStRL 17 (1959) 41 ff.; *Hirsch*, Gewerkschaften, S. 27 f.; vorsichtig auch *Köttgen*, Arnold, Kirche im Spiegel deutscher Staatsverfassung der Nachkriegszeit, DVBl 1952/485—488—; ders., DÖV 1961/1—3— (Fn. 22); *Molitor*, Öff. Recht und Privatrecht, S. 37; *Scheffler*, Kirche im Staat, S. 160, 187 f.; ders., NJW 1965/849—850—; *Scheuner*, DÖV 1958/641—642—; ders., Koalitionsfreiheit S. 38 f., 68; *Smend*, Rudolf, Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz, ZevKR 1 (1951) 13 f.; ders., Problem des Öffentlichen, S. 17 f.

⁸¹ Vgl. *Häberle*, Peter, Die Koalitionsvereinbarungen im Lichte des Verfassungsrechts, ZfPol 12 (1965) 293—297—; *Hesse*, VVDStRL 17 (1959) 44 f.; *Leibholz*, angedeutet mit Diskussionsbeitrag, VVDStRL 11 (1954) 250; *Preuß*, U., Begriff des Öffentlichen, S. 114, 171 f.; *Ridder*, Gewerkschaften, S. 22; *Scheuner*, DÖV 1958/641—642 f.—; ausf. zum Meinungsstand auch *Krautzberger*, Aufgaben, S. 23 f.

⁸² Vgl. *Arndt*, Adolf, Das Öffentliche, NJW 1960/423—425—; *Henke*, Das Recht der politischen Parteien, Göttingen 1964, S. 82 f., 187; *Jerschke*, Öffentlichkeitspflicht, S. 227; *Ridder*, Helmut, Meinungsfreiheit, in Die Grundrechte, Bd. II, S. 251 f., 269 f.; zur Problematik neuestens auch *Stammeler*, Dieter, Die Presse als soziale und verfassungsrechtliche Institution, Berlin 1971, S. 206 ff.

⁸³ Vgl. *Drewes*, Günter, Die Gewerkschaften in der Verwaltungsordnung, Heidelberg, 1958, S. 254; mit der Forderung nach einem für den „öffentlichen“ Bereich maßgeblichen „Koalitionsgesetz“ auch *Galperin*, Betrieb 1970/346—350 f.—; *Hirsch*, Gewerkschaften, S. 13, 27 f., 43 f.; *Huber*, E. R., Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. II, S. 377; *Molitor*, Öff. Recht und Privatrecht, S. 40; *Preuß*, U., Begriff des Öffentlichen, S. 114, 171 f.; *Ridder*, Gewerkschaften, S. 32; *Scheffler*, Kirche im Staat, S. 142 f.; ders., NJW 1965/849—851—; ausf. zum Meinungsstand auch *Krautzberger*, Aufgaben, S. 25 f.

⁸⁴ Vgl. *Ridder*, Kirche, Staat, Rundfunk, S. 55.

⁸⁵ Vgl. *Bachof*, Grundrechte, Bd. III/1, S. 181 (Fn. 103); *Häberle*, Peter, Urteilsanmerkung, DVBl 1966/216—217 f.—; *Scheffler*, Kirche im Staat, S. 142 f.; fraglich BVerfG, Beschl. v. 17. 2. 65, 1 BvR 732/64, BVerfGE 18/385—387—.

Hierzu gehört auch jene aus dem Öffentlichkeitsauftrag der Kirche abgeleitete Vindizierung eines „Öffentlichkeitsanspruches“, vgl. statt vieler

Verschiedentlich wird die Zuerkennung solcher materieller Öffentlichkeitsqualität abhängig gemacht von der Teilnahme ihres jeweiligen Trägers an den „Legitimitätsprinzipien der Gesamtordnung“ — wie „Verantwortlichkeit“ und „Publizität“⁸⁷ oder „Integration, Ordnungs-idee, Verantwortlichkeit und Anerkennung“⁸⁸.

Die Rechtsfolgen, welche aus der Zuerkennung eines werthhaft öffentlichen Charakters abgeleitet werden, sind mehrgestaltig.

Erstens führt die Einbeziehung in eine materielle Kategorie des Öffentlichen zur „Privilegierung“ der betreffenden Rechtssubjekte: so erhält die Presse bei Erfüllung ihrer „öffentlichen“ Aufgabe eine rechtserhebliche Vorrangstellung gegenüber etwa widerstreitenden Individualinteressen einzelner zuerkannt⁸⁹. Zugleich soll das Öffentliche als immanentes Merkmal von Verfassungstatbeständen zweitens auch Einfluß auf den Geltungsbereich und die Tragweite bestimmter *Grundrechte* ausüben⁹⁰. Drittens wird aus

Conrad, Wolfgang, Der Öffentlichkeitsauftrag der Kirche, Göttingen 1964, S. 13 ff. u. passim; Obermayer, Klaus, Staatskirchenrecht im Wandel, DÖV 1967/9—10 f.—; Pirson, Dietrich, Stw. Öffentlichkeitsanspruch, EvStLex, Sp. 1390 f.; Scheffler, aaO, S. 165; Smend, Rudolf, Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz, ZevKR 1 (1951) 12; Weber, H., Religionsgemeinschaften, S. 81 f., 157 f.

⁸⁶ Vgl. Ehrlich, Dietmar, Die rechtliche Stellung der freien Wohlfahrtsverbände unter besonderer Berücksichtigung sammlungsrechtlicher Vorschriften, Diss. Würzburg 1970, S. 81 f.; Zacher, Wohlfahrtspflege, S. 57; ausf. Beispiele bei Krautzberger, Aufgaben, S. 28 (Fn. 131) und speziell: Rincken, Das Öffentliche, S. 31 f., 39 f., 84 f., 293 f. u. passim.

⁸⁷ Vgl. Hennis, Wilhelm, Meinungsforschung und repräsentative Demokratie, Tübingen 1957, S. 22; Hesse, VVDStRL 17 (1959) 42; Hirsch, Gewerkschaften, S. 28; Krüger, H., Allg. Staatslehre, S. 76; Smend, wie oben Fn. 85.

⁸⁸ Vgl. Scheffler, Kirche im Staat, S. 152 f.; ders., NJW 1965/849—850—; s. auch o. Fn. 67; kritisch; Mikat, Kirchliche Streitsachen, S. 326 f.

⁸⁹ Beispiel: materielles Verständnis der „öffentlichen“ Aufgabe der Presse im Sinne einer immanenten Grundrechtsschranke: einerseits soll die Presse ermächtigt sein, in — ansonsten geschützte — Bereiche der Privatsphäre einzudringen, wenn und soweit es zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgabe erforderlich ist (dazu zählt auch die Vindizierung eines Informationsanspruchs der Presse gegenüber staatlichen Behörden).

Andererseits stellt die so verstandene öffentliche Aufgabe der Presse ein Kriterium zur Begrenzung der Pressemacht — zugleich der Pressefreiheit (dazu gleich anschließend) — dar, d. h. auch einen Schutzfaktor für den Bürger vor der Presse.

Vgl. Nachweise bei Czajka, Öffentl. Aufgabe, S. 88 (Fn. 30); Dagoglou, Prodromos, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 22 (1965) 176 f.; Geck, Wilhelm Karl, Diskussionsbeitrag, ebenda S. 197 f.; Häberle, Öff. Interesse, S. 211 ff.; Leisner, Werbefernsehen, S. 27; Martens, Öffentlich, S. 21, 127; vgl. auch die Forderung nach öffentlich-rechtlichen Zeitungsanstalten bei Stammeler, Dieter, Die Presse als soziale und verfassungsrechtliche Institution, Berlin 1971, S. 331 f., 344 f.; bzgl. eines Koalitionsgesetzes „zur Regelung der Rechte und Pflichten“ etwa der Gewerkschaften, vgl. Galperin, Betrieb, 1970/346—350 f.—.

⁹⁰ Beispiel: der Grundrechtsschutz des Art. 9 Abs. 1 GG welcher „nicht mit allen Konsequenzen voller Verfassungslegitimation auf Gebilde erstreckt werden darf, die sich der individuellen Privatsphäre entziehen“ — also

der Aufnahme in die Kategorie des materiell Öffentlichen ein besonderer verfassungsrechtlicher, nämlich „öffentlicher“⁹¹ Status der jeweiligen Einordnungsobjekte gefolgert⁹².

b) Soziologisch-faktisches Verständnis des Öffentlichen

Auf der anderen Seite finden Begriff und Bereich des Öffentlichen eine nur als soziologisch-faktisch qualifizierbare Anerkennung. Danach wird wohl von der Zugehörigkeit bestimmter Erscheinungen zu einem spezifisch gesellschaftlichen Bereich von Kräften und Mächten zwischen der individuellen Privatsphäre des einzelnen und dem Staat ausgegangen. Die Existenz einer rechtsdogmatisch selbständigen Kategorie des Öffentlichen als Inbegriff jenes Raumes sowie die Verfassungsmäßigkeit daraus abgeleiteter Privilegien und Obligationen werden jedoch verneint⁹³.

Diese Auffassung bewirkt, daß ein materiell-werthafte Verständnis des Öffentlichen allenfalls dort verbleiben kann, wo a priori das Wort „öffentlich“ nicht nur zur Kennzeichnung eines Bereiches zwischen Staat und Individuum herangezogen wird, sondern darüber hinaus auch den

„öffentlich“ sind, vgl. *Lerche*, Verfassungsfragen, S. 28 f., 31; ähnlich *Brohm*, Strukturen, S. 277; dazu ausf. s. u. § 18, B. II. und § 19, B. I. 2.

Beispiel: der Grundrechtsschutz des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, welcher davon abhängen soll, ob bzw. daß im Einzelfall von der Presse (werthhaft?) „öffentliche Aufgaben“ erfüllt werden, vgl. *Lerche*, Rundfunkmonopol, S. 93 (Fn. 273), m. w. Nachw.; von Mangoldt-Klein, Grundgesetz, Art. 5 Erl. VI 3; kritisch: *Jerschke*, Öffentlichkeitspflicht, S. 228, 232 f.; bzgl. der politischen Parteien vgl. *Häberle*, JuS 1967/64—74—; zum Rundfunk: *Lerche*, Werbefernsehen, S. 8 f.

⁹¹ Nicht „öffentlich-rechtlicher“ Status!

⁹² Vgl. *Hberle*, Peter, Urteilsanmerkung, DVBl 1966/216—217, 219—; ders., JuS 1967/64—73—; *Hesse*, VVDStRL 17 (1959) 39 f., 116, *Hirsch*, Gewerkschaften, S. 13 f., 25 f.; *Preuß*, U., Begriff des Öffentlichen, S. 114, 171 f.; (bzgl. politischer Parteien); *Ridder*, Helmut, Meinungsfreiheit, in Die Grundrechte, Bd. II, S. 242 f.; *Scheffler*, Kirche im Staat, S. 169 f.; ders., NJW 1965/849—850 f.—; *Siegfried*, F. F., Zum Begriff des öffentlichen Amtes, NJW 1957/738—740—; wohl unbeabsichtigt *BVerfG*, Beschl. v. 17. 2. 65, 1 BvR 732/64, BVerfGE 18/385—386 f.—.

⁹³ Vgl. *Brohm*, Strukturen, S. 151 f., 153; *Czajka*, Öffentliche Aufgabe, S. 173; *Dagtoglou*, Pressefreiheit, S. 25; *Ipsen*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 22 (1965) 187; *Jellinek*, G., Allg. Staatslehre, S. 623; *Kaiser*, Repräsentation, S. 353 ff., 355; *Krüger*, H., Geistige Grundlagen, S. 147 f. (der aber neben dem — auch bei ihm nur faktischen — Bereich des Öffentlichen einen normativen Begriff „öffentlich“ aufführt, nämlich den ohnehin bestehenden Rechtsatzbegriff, vgl. ders., Allg. Staatslehre, S. 443, dazu s. o. III.); *Lerche*, Werbefernsehen, S. 8 f.; *Mallmann*, Walter, Pressepflichten und öffentliche Aufgabe der Presse, JZ 1966/625—628 f.—; *Martens*, Öffentlich, S. 39 f.; *Mikat*, Kirchliche Streitsachen, S. 322 f., 324; *Ossenbühl*, NJW 1965/1561—1562—; *Scheuner*, VVDStRL 22 (1965) 31, 93 (Ls. 4 b), 98 (für den Bereich der Presse); vgl. dazu aber *Ipsen*, aaO; *Scholz*, Gemeindliche öffentliche Einrichtungen, S. 118 f.; ders., Koalitionsfreiheit, S. 216; *Wertenbruch*, Wirtschaftliche Verbände, S. 639; *Wittkämper*, Interessenverbände, S. 8; *Wolff*, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. II, § 73 I e (S. 30); *Zippelius*, Reinhold, Kirche und Staat und die Einheit der Staatsgewalt, ZevKR 9 (1962/63) 42 f.—55, 65—.

Staat selbst umschließt. Während der Zone zwischen staatlicher und individuell privater Sphäre nach dieser Ansicht lediglich soziologisch-faktische Öffentlichkeitsqualität zugebilligt werden kann, wäre materiell „öffentlich“ dann immerhin der Staat selbst. Die Haltbarkeit einer solchen Identifizierung zwischen „öffentlich“ und „staatlich“ begegnet jedoch terminologischen Bedenken⁹⁴.

c) Bloße Faktizität des Bereiches zwischen Staat und Individuum

Geht man — mit der überwiegenden Meinung — von der Existenz eines zwischen der staatlichen und der individuell privaten Sphäre eingelagerten Bereiches der Gesellschaft aus, so ist zur Qualifizierung dieses Raumes und der dazugehörigen Erscheinungen jene soziologisch-faktische Auffassung vorzuziehen gegenüber der Auffassung vom materiellen, werthaften Begriff des Öffentlichen.

Schon die Vieldeutigkeit und Unbestimmtheit⁹⁵ des Adjektivs „öffentlich“ und die kaum abgrenzbare Breite seiner substantivierten Formen erwecken an der Tauglichkeit dieser Termini als selbständige, juristisch relevante Begriffe erhebliche Zweifel⁹⁶. Verstärkt werden diese Bedenken durch die Erkenntnis, daß in der Verfassung keine Anhaltspunkte für einen werthaften Begriff oder Bereich des Öffentlichen zu finden sind. Wo folglich mit der Bezeichnung „öffentlich“ politische oder soziologische Erkenntnisse, Ansichten und Forderungen über etwas für die Gesamtheit bzw. eine Gemeinschaft Interessantes, Wichtiges oder Wertvolles zum Ausdruck gebracht werden sollen, ergibt sich daraus noch keine Zugehörigkeit zu einem irgendwie gearteten materiell „öffentlichen“ Ordnungsbereich. Im Gegenteil: ein Anspruch auf Zuerkennung eines fiktiven, werthaften Öffentlichkeitsprädikates fehlt ebenso, wie überhaupt der Gedanke an die etwaige Existenz eines juristisch relevanten Bereiches des Öffentlichen jeder positiv-rechtlichen Grundlage entbehrt. Denn das gegenwärtige Recht eröffnet mit seiner Dichotomie in Privatrecht und öffentliches Recht keine rechtsdogmatische Möglichkeit, um neben den werthaften Kategorien des Staatlichen und des Privaten als dritte Rechtssphäre einen zwischen beiden eingeschobenen normativ öffentlichen Bereich — etwa unter der Bezeichnung „Sozialrecht“ — zu instituieren⁹⁷.

Vollends fatal und unhaltbar wird das Bekenntnis zu materieller Öffentlichkeit, wenn an den metajuristisch entwickelten Begriff eines

⁹⁴ Dazu s. u., d).

⁹⁵ Vgl. *Dagtoglou*, Pressefreiheit, S. 23 ff. (mit zahlr. Beispielen); s. auch o. II.

⁹⁶ Vgl. *Stern*, VVDStRL 21 (1964) 194, 224 (Ls. 2 b); *Wolff*, H. J., Verwaltungsrecht, § 73 I e (S. 30).

⁹⁷ Vgl. *Brohm*, Strukturen, S. 43, 151 (Fn. 60).

irgendwie gearteten Öffentlichen privilegierende Rechtsstellungen und Rechtsfolgen zugunsten der auf diese Weise qualifizierten Objekte angeknüpft werden. Zwar erscheint es nicht fehl am Platze, auch Gebilde jenes soziologisch-faktischen Bereiches zwischen Staat und Individuum gewissen verfassungsrechtlichen Postulaten zu unterwerfen. Das Grundgesetz wirkt nämlich selbst in diesen Raum hinein⁹⁸: beispielsweise sind die Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG (Pressefreiheit), Art. 9 Abs. 3 GG (Koalitionsfreiheit) und Art. 21 GG (Rechte und Pflichten der politischen Parteien) nicht nur zwischen dem Staat und etwa dem individuellen Bereich des einzelnen Bürgers relevant; sie wollen darüber hinaus auch in der gesellschaftlich-politischen Sphäre gestaltend wirken⁹⁹. Im Grundgesetz fehlt aber jeglicher Hinweis auf die Einräumung irgendwelcher hoheitlichen Kompetenzen an solche „öffentlichen“ Erscheinungen. Die zu der Zone zwischen Staat und Individuum zählenden Vorgänge und Gebilde besitzen folglich keine andere Rechtsstellung als solche, die zum Bereich des individuell Privaten gehören: nämlich eine nichtstaatliche.

Entschiedener Widerstand ist ferner dort anzumelden, wo man derartig suspekte Rechtsfolgen aus der Zubilligung eines sog. „öffentlichen Status“ ableiten zu können glaubt. Mangels verfassungsrechtlicher Anhaltspunkte und Untermauerung darf behauptet werden, daß meta-juristische Statusverleihungen dieser Art für das Rechtsleben und die Rechtsordnung ebenfalls irrelevant sind. Auch der Status „öffentlich“ kann demnach lediglich als soziologisch-faktische Bezeichnung aufgefaßt werden.

Schließlich bedarf es des Hinweises, daß weder der soziologisch-faktische Ausdruck noch der juristisch irrelevante Status „öffentlich“ über eine Identifizierung mit dem Rechtsbegriff „öffentlich-rechtlich“ dogmatische Erheblichkeit zu gewinnen vermögen¹⁰⁰. Zwar erfordern Sinn und Zweck mancher Rechtsnormen eine Auslegung des in ihnen enthaltenen Rechtssatzbegriffs „öffentlich“ im Sinne von „öffentlich-rechtlich“¹⁰¹. Darüber hinaus läßt der soziologisch-faktische Begriff des Öffentlichen aber nicht die Folgerung zu, daß es sich bei einer zwischen Staat und Individuum situierten Erscheinung zugleich um eine öffentlich-rechtlich erhebliche oder öffentlich-rechtlich organisierte Materie

⁹⁸ Ohne daß hier im einzelnen geklärt werden müßte, ob dieses Hineinwirken mittelbar über den Gesetzgeber erfolgt, oder bereits unmittelbar von der Verfassung her bedingt ist.

⁹⁹ Ausf. dazu Wittkämper, Interessenverbände, S. 70 f.; vgl. auch Brohm, Strukturen, S. 152; Krüger, H., Allg. Staatslehre, S. 76; Mikat, Kirchliche Streitsachen, S. 326.

¹⁰⁰ So aber Scheffler, NJW 1965/849 f. und BVerfG, Urt. v. 13. 2. 64, 1 BvL 17/61 u. a., BVerfGE 17/232—240—, wo aus „öffentlich“ unbesehen „öffentlich-rechtlich“ wird.

¹⁰¹ Vgl. Art. 19 Abs. 4 S. 1; Art. 33 Abs. 2, Abs. 3 S. 1; Art. 137 Abs. 1 GG, §§ 376 Abs. 1, 408 Abs. 2 S. 1 ZPO, s. auch o. Fn. 42.

handle. Ein Sachverhalt, an welchem die Öffentlichkeit interessiert ist, der sich sogar in der Öffentlichkeit realisieren mag und sich an diese wendet, der somit den soziologisch-faktischen Bereichen des Öffentlichen oder der Öffentlichkeit zugeordnet sein kann, ist allein deshalb noch nicht von öffentlich-rechtlichem Status oder dem öffentlichen Recht zugehörig¹⁰².

Ein allenfalls faktisch „öffentlicher“ Status darf somit nicht beliebig in eine öffentliche Rechtsstellung umgedeutet werden, da zur Erlangung des öffentlich-rechtlichen Status stets ein entsprechender staatlicher Akt erforderlich ist¹⁰³. Damit verbietet sich grundsätzlich¹⁰⁴ jede juristische Identifizierung zwischen „öffentlich“ und „öffentlich-rechtlich“. Als abwegig erweist sich auch der von einem solchen Fehlschluß möglicherweise ausgehende Versuch, der Einräumung faktischer Öffentlichkeitsqualität über das Öffentlich-Rechtliche juristisch relevante Folgerungen abzugewinnen¹⁰⁵.

d) Notwendige Differenzierung zwischen „öffentlich“ und „staatlich“

Der Terminus „öffentlich“ wird — insbesondere als Gesetzesbegriff — häufig in Identität mit „staatlich“ verwendet. Insofern mag „öffentlich“ die Qualität eines selbständigen, normativen Begriffs beanspruchen. Grundsätzlich ist jedoch eine Gleichsetzung von „öffentlich“ und „staatlich“ verfehlt.

„Staatlich“ ist nur, was der Organisation Staat eigentümlich zugehörig bzw. zugeordnet ist und vom Staat zu seiner Selbstdarstellung ausgeht¹⁰⁶. Insofern erscheint folgender Konnex zwischen den Adjektiven öffentlich-rechtlich und staatlich angezeigt: der Staat handelt

¹⁰² Vgl. Mikat, Kirchl. Streitsachen, S. 322 f.; ders., Kirche und Staat, S. 17 f., 19.

Der Großteil faktisch öffentlicher Verbände erstrebt in praxi jene (abzulehnende) Beimessung öffentlich-rechtlicher Qualität auch nicht. So sind etwa die Gewerkschaften bemüht, ihre Stellung fern jeder Staatsnähe zu erhalten, um staatlicher Beobachtung oder gar Aufsicht tunlichst zu entgehen. — Zur Problematik der Staatsaufsicht über Körperschaften des öffentlichen Rechts, welche diesen Status nur formell tragen, ohne in funktionaler Hinsicht zum Staat zu zählen, s. u. § 12, C. III.

¹⁰³ Dazu s. o. § 3, A. II. 2.

¹⁰⁴ Die Ausnahme stellen die Fälle dar, in denen der Rechtssatzbegriff „öffentlich“ im Sinne von „öffentlich-rechtlich“ zu interpretieren ist.

¹⁰⁵ Vgl. Brohm, Strukturen, S. 153; Huber, E. R., Selbstverwaltung, S. 43; Krüger, H., BB 1956/969—972—; Lerche, Werbefernsehen, S. 9; Mikat, Kirchliche Streitsachen, S. 322 f., 324, 326; Ossenbühl, NJW 1965/1561—1562 f.—; Scholz, Gemeindliche öffentliche Einrichtungen, S. 120; Wertenbruch, Wirtschaftliche Verbände, S. 639; im übrigen vgl. die Fn. 93 genannten weiteren Autoren.

¹⁰⁶ Vgl. Scheffler, Kirche im Staat, S. 151.

öffentlich-rechtlich, d. h. in den Organisations- und Handlungsformen des öffentlichen Rechts¹⁰⁷. Wenn Privatrecht zur Benutzung gelangt, tritt lediglich ein rechtstechnischer Vorgang zutage. Das öffentliche Recht bildet hiernach die Rechtsform des Staatlichen¹⁰⁸.

Anknüpfungspunkte für diese Thesen bilden das Rechtsstaatsprinzip, demzufolge im Rechtsstaat öffentliche Gewalt nur für den Staat verfügbar ist, und schließlich der Begriff „öffentliche Gewalt“ selbst: wo sie zum Einsatz gelangt, erwächst der Schluß von den Mitteln auf die wahrgenommene staatliche Funktion.

Die Lehre leistet solchen staats-theoretischen Postulaten¹⁰⁹ indes nur beschränkt Folge. Zudem erfährt der mitunter propagierte Konnex¹⁰⁹ zwischen materieller Staatsfunktion und öffentlich-rechtlicher Organisationsform des jeweiligen Aufgabenträgers eine Ruptur durch das traditionell bedingte, vom Verfassungsgeber konkludent sanktionierte Phänomen des *Beliehenen*¹¹⁰. Die gleiche Diskrepanz tritt umgekehrt ein, wenn öffentlich-rechtlich statuierten Gebilden funktionale Staatlichkeit fehlen sollte¹¹¹.

Jedenfalls kann vermerkt werden, daß zwischen den Adjektiven „öffentlich-rechtlich“ und „staatlich“ Identität wenigstens auf der funktionellen Ebene besteht. Der Terminus „öffentlich“ darf demgegenüber weder in materiell-funktioneller noch in formal-organisatorischer Hinsicht mit „öffentlich-rechtlich“ gleichgesetzt werden¹¹². Die Erfordernisse einer klaren und praktikablen Terminologie verbieten deshalb die funktionelle wie organisatorische Identifizierung von „öffentlich“ und „staatlich“¹¹³.

¹⁰⁷ Organisationsformen: Körperschaft, Anstalt und Stiftung des öffentlichen Rechts;

Handlungsformen: allgemeines Gesetz und individualbezogener Verwaltungsakt bzw. Steuerbescheid.

¹⁰⁸ Zur Irrelevanz der Handlungsform s. u. § 9, B. III.

¹⁰⁹ Vgl. repräsentativ Krüger, H., Allg. Staatslehre, S. 323 ff., 874 f.; ebenso: Arendt, Karlheinz, Übertragung nichthoheitlicher Aufgaben, DV 1949/147—149—; Reuß, Grundrechte, Bd. III/1, S. 114, 128 f.; ders., Verfassungsrechtliche Grundsätze zum Organisationsrecht der Wirtschaft, DVBl 1953/684—685 f.—; Rupp, Privateigentum, S. 23 f., 27; die Argumente und Erweiterungen skizzieren Ossenbühl, VVDStRL 29 (1971) 159 f.; Rüfner, Formen, S. 369 f.

¹¹⁰ Zur Problematik siehe statt mancher die zur Veröffentlichung anstehende Habilitationsschrift von Steiner, Udo, Öffentliche Verwaltung durch Private, Allgemeine Lehren, insb. S. 65 ff. (nach Angabe des Verfassers).

¹¹¹ Dazu ausf. s. u. § 12.

¹¹² So gleich o. c).

¹¹³ Vgl. Forsthoff, Öff. Körperschaft, S. 18; angedeutet bei Hesse, Konrad, Die Entwicklung des Staatskirchenrechts seit 1945, JöR 10 (1961) 3—74 f.—; Köttgen, Öff. Amt, S. 146 f.; Krüger, H., BB 1956/969—972—; Scheuner, DÖV 1958/641—642—; Stern, VVDStRL 21 (1964) 194.

Stößt diese These auch an gelegentlich abweichender Gesetzesterminologie auf Widerstand, so sollte es doch für Wissenschaft und Lehre geboten sein, „öffentlich“ und „staatlich“ in juristischer Hinsicht konsequent zu trennen¹¹⁴. In der sich ständig verkomplizierenden Welt des Rechts muß es zu den unumstößlichen Maximen aller literarischen Technik zählen, wenigstens differenzierte *Grundbegriffe* anzustreben und diese präzise und einheitlich zu verwenden. Jede Vernachlässigung, Verunsicherung und pseudowissenschaftliche Vernebelung fundamentaler Begriffssystematik verdient Kritik.

e) Ergebnis

Zusammenfassend ist festzuhalten: Wo „öffentlich“ als Gesetzesbegriff eine identifizierende Beschreibung für „staatlich“ verkörpert, bestehen an der Interpretations- und Gebrauchsfähigkeit, ja -notwendigkeit dieses Terminus keine Zweifel.

Ungeachtet dessen verbietet sich jedoch für die rechtswissenschaftliche Praxis jede Gleichsetzung von „öffentlich“ und „staatlich“. Mögen auch noch gegen die üppigen begrifflichen Auswüchse von „öffentlich“ auf soziologisch-politischem Sektor keine Einwände veranlaßt sein, so ist im Hinblick auf eine Übernahme dieser Redensarten in die juristische Terminologie doch ein gewichtiges Veto geboten. Das Wort „öffentlich“ besitzt als Umschreibung bestimmter faktischer Sachverhalte im Bereich zwischen Staat und Individuum keine selbständige rechtliche Relevanz. Es muß somit abgelehnt werden, Begriffen des Öffentlichen und der Öffentlichkeit in dieser Hinsicht materielle Werthaftigkeit zuzubilligen und aus ihnen rechtlich erhebliche Folgerungen abzuleiten.

Wo also einem Bereich, einem Gebilde oder allgemein einer Erscheinung von bestimmter Relevanz die Eigenschaft „öffentlich“ im Sinne von „nichtstaatlich“ vindiziert wird, muß man sich bewußt bleiben, daß es sich dabei allenfalls um eine soziologisch-faktische Feststellung der Zugehörigkeit zu dem bewußten Raum zwischen Staat und Individuum,

¹¹⁴ Ein Beispiel für die terminologische Überforderung selbst des juristisch vorgebildeten Lesers findet sich bei Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 201: „Die organisatorische Öffentlichkeit ist immer staatlich, die funktionale Öffentlichkeit ist gesellschaftlich oder staatlich. Die staatliche Öffentlichkeitsfunktion ist stets zugleich organisatorische, weil staatlich organisierte Öffentlichkeit. Die gesellschaftliche Öffentlichkeitsfunktion kann staatlich organisiert sein, muß es aber nicht sein.“ — Der angestrebte Erkenntniswert läßt sich durch eine strikte Trennung zwischen „öffentlich“ und „staatlich“ besser erreichen, ohne daß dadurch dem Prädikat der Wissenschaftlichkeit Abbruch getan würde. Eine methodische Abhandlung muß jedenfalls immer dann Zweifel erwecken, „wenn sie durch brillante Formulierungen glänzt, im übrigen aber durch ein gerüttelt Maß an Unverständlichkeit ... ausgewiesen ist“, vgl. Obermayer, Klaus, Gedanken zur Methode der Rechtserkenntnis, NJW 1966/1885.

nicht dagegen um eine selbständige, rechtlich relevante Qualifizierung oder Statusverleihung handeln kann. Die Ausstrahlungen dieser Kategorie auf das Recht sind gegenwärtig noch weithin unerforscht¹¹⁵. Wiederholt werden mag deshalb, daß den sogenannten „öffentlichen“ Erscheinungen keine andere Rechtsstellung zukommt als Privaten, nämlich eine nichtstaatliche.

IV. Rechtliche Relevanz des Terminus „öffentliche Aufgabe“?

Nunmehr kann die eingangs¹¹⁶ gestellte Frage nach der juristischen Relevanz des Ausdrucks „öffentliche Aufgabe“ ihre Beantwortung finden.

1. Notwendige Differenzierung zwischen „öffentlichen“ und „staatlichen“ Aufgaben

Der Terminus „öffentliche Aufgabe“ vermag selbständige rechtliche Erheblichkeit allenfalls bei inhaltlicher Identität mit dem vorgegebenen werthaften Begriff der „staatlichen Aufgabe“ zu beanspruchen. Dieses Verständnis findet er mitunter in Rechtssätzen und in der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts¹¹⁷. Eine solche Gleichsetzung stellt sich allerdings nur als vom jeweiligen Rechtssatz sanktionierte Ausnahme, bzw. in terminologischer Flüchtigkeit des Gerichts begründeter Diktionsmangel dar. Normative Kraft eignet derartigen gelegentlichen Nachlässigkeiten nicht.

Die Identifizierung von „öffentlich“ und „staatlich“ ist grundsätzlich als verfehlt zu erachten. Das gilt auch in Zusammenhang mit dem Objekt „Aufgaben“¹¹⁸. Gerade bei derartigen komplexen und häufig verwendeten Begriffen gebieten die Maximen sicherer Terminologie eine präzise begriffsinhaltliche Differenzierung. Von Einzelheiten dieser gebotenen Unterscheidung und insbesondere der inhaltlichen Grund-

¹¹⁵ Vgl. *Lerche*, Werbefernsehen, S. 9; *Ossenbühl*, NJW 1965/1561—1564—; *Wertenbruch*, Wirtschaftliche Verbände, S. 639.

¹¹⁶ s. o. vor II.

¹¹⁷ s. o. I. 1.

¹¹⁸ Eine Unterscheidung zwischen „öffentlichen“ und „staatlichen Aufgaben“ halten für erforderlich: *Börner*, Bodo, Irrwisch Daseinsvorsorge, BVBl 1971/406—408—; *Forsthoff*, Öff. Körperschaft, S. 18; *Herschel*, Staatsentlastende Tätigkeit, S. 253; *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip, S. 174 (Fn. 85); *Klein*, H. H., DÖV 1965/755—756, 758—; ders., Teilnahme, S. 24 f.; *Krautzbberger*, Aufgaben, S. 106; *Leisner*, Werbefernsehen, S. 22; *Mallmann*, Walter, Pressepflichten und öffentliche Aufgabe der Presse, JZ 1966/625—629—; *Martens*, Öffentlich, S. 118 f.; *Scholler*, Öffentlichkeit, S. 89 f.; *Steiner*, JuS 1969/69—70—; *Wolff*, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. I, § 2 II (S. 12); *BVerwG*, Urt. v. 14. 3. 69, VII C 37/67, DVBl 1970/735.

legung „öffentlicher“ und „staatlicher“ Aufgaben wird noch ausführlich zu handeln sein¹¹⁹.

2. „Öffentliche Aufgabe“ als soziologisch-faktischer Arbeitsbegriff

Da eine Gleichsetzung von „öffentlichen“ und „staatlichen“ Aufgaben nicht akzeptiert werden kann, erweist sich, daß der Ausdruck „öffentliche Aufgabe“ — wie das Adjektiv „öffentlich“ und seine substantivierten Formen des „Öffentlichen“ und der „Öffentlichkeit“ — nicht die Qualität eines selbständigen, rechtlich relevanten Begriffs besitzt.

Von der öffentlichen Aufgabe darf daher nur in einem soziologisch-faktischen Sinn gesprochen werden. Deshalb taugt der Terminus „öffentliche Aufgabe“ auch nicht, um als ein die staatliche Aufgabe umfassender juristisch erheblicher Oberbegriff¹²⁰ verwendet zu werden. Selbst wenn man den Ausdruck „öffentliche Aufgabe“ für einen „Begriff in fieri“¹²¹ halten wollte, ist es jedenfalls heute nicht zulässig, ihn „juristisch beim Wort zu nehmen“¹²² und aus dieser rein soziologisch-faktischen Bezeichnung rechtlich relevante Folgerungen abzuleiten¹²³.

Somit hat sich herausgestellt, daß der Ausdruck „öffentliche Aufgabe“ ungeeignet ist, um eine Kategorie von selbständiger rechtlicher Relevanz, etwa im Sinne einer Aufgabenstellung erheblicher staatlicher wie nichtstaatlicher „öffentlicher“ oder auch nur öffentlicher Wichtigkeit zu kennzeichnen und der Rechtsordnung einzugliedern. Deshalb sollte man — vor allem in der Grundrechtsdogmatik — davon Abstand nehmen, mit einem Rechtsbegriff „öffentliche Aufgabe“ operieren zu wollen. Seiner Verwendung als soziologisch-faktischer Arbeitsbegriff, der auch für die Erfassung und Darstellung neuartiger oder erst neuerdings bewußt gewordener Erscheinungen geeignet ist, liegt damit nichts im Wege¹²⁴.

¹¹⁹ s. u. § 10, A. und B.

¹²⁰ Zu dieser Auffassung, s. o. I. 3.

¹²¹ Vgl. *Leisner*, Werbefernsehen, S. 27; *Ossenbühl*, NJW 1965/1561—1562—.

¹²² Vgl. *Schüle-Huber*, Persönlichkeitsschutz, S. 25.

¹²³ Vgl. *Ipsen*, Hans Peter, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 22 (1965) 187 f.; *Klein*, H. H., DÖV 1965/755—759—; *Leisner*, Werbefernsehen, S. 26 f.; ders. AöR 93 (1968) 161—185 f.—; *Martens*, Öffentlich, S. 124; *Rupp*, NJW 1965/993—995 f.—; *Scholz*, Gemeindliche öffentliche Einrichtungen, S. 120; *Steiner*, DÖV 1970/526—529—; *Wolff*, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. II, § 73 I e (S. 30); kritisch auch *Menger*, Christian-Friedrich, Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch 56 (1965) 81—82—.

¹²⁴ Dazu s. u. § 10, A.

B. Die „legitime“ öffentliche Aufgabe

Angesichts der gewonnenen Ergebnisse bleibt nunmehr zu erörtern, ob die in der Zwangsmitgliedschaftsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts über Art. 2 Abs. 1 GG angezogene Formel einer „legitimen öffentlichen Aufgabe“ als juristisch relevanter Maßstab grundrechtsdogmatische Tauglichkeit besitzt.

I. Verwendung in der Rechtsprechung und potentielle Ausdeutungen

Das Bundesverfassungsgericht geht grundlegend davon aus, daß nach Art. 2 Abs. 1 GG eine Zwangsmitgliedschaft nur im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung „möglich“¹²⁵ sei und öffentlich-rechtliche Verbände mithin nur „gegründet“ werden dürften, um legitime öffentliche Aufgaben wahrnehmen „zu lassen“¹²⁵.

So konstatiert das Gericht die Erfüllung legitimer öffentlicher Aufgaben bei der Regelung der Wasserwirtschaft durch den Erftverband¹²⁶, bei der Bayerischen Ärzteversorgung¹²⁷, bei den Familienausgleichskassen der Kindergeldgesetzgebung¹²⁸ und ihrem (1965 aufgelösten) Gesamtverband¹²⁹, sowie bei der Vertretung der gewerblichen Wirtschaft gegenüber dem Staat und der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben auf wirtschaftlichem Gebiet durch die Industrie- und Handelskammern¹³⁰. Im Anschluß übernahm das Bundesverwaltungsgericht den Begriff „legitime öffentliche Aufgabe“ zur Ermittlung der Verfassungsmäßigkeit einer Arbeitnehmerkammer¹³¹, ohne jedoch im einzelnen auszuführen, inwieweit deren Agenden „legitime öffentliche Aufgaben“ darstellen¹³².

¹²⁵ So das BVerfG, Urt. v. 29. 7. 59, 1 BvR 394/58, BVerfGE 10/89—102 f.—.

¹²⁶ Wie vor.

¹²⁷ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 25. 2. 60, 1 BvR 239/52, BVerfGE 10/354—363—; vgl. auch zur Zwangsversorgung für freiberufliche Ärzte: Beschl. v. 2. 5. 61, 1 BvR 203/53, BVerfGE 12/319—323—, wo auf die legitime öffentl. Aufgabe Bezug genommen wird.

¹²⁸ Vgl. § 19 KindergeldG v. 13. 11. 54 (BGBl I S. 333).

¹²⁹ Vgl. Urt. v. 10. 5. 60, 1 BvR 190/58 u. a., BVerfGE 11/105—126—; vgl. auch §§ 5 Abs. 1; 15 KindergeldG.

¹³⁰ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 19. 12. 62, 1 BvR 541/57, BVerfGE 15/235—241—; von einer „legitimen Aufgabe der staatlichen Wirtschaftspolitik“ spricht neuestens BVerfG, Beschl. v. 16. 3. 71, 1 BvR 52/66 u. a., BVerfGE 30/292—312—.

¹³¹ Vgl. BVerwG, Urt. v. 25. 2. 66, VII C 72/64, BVerwGE 23/304—306—.

¹³² Vgl. auch VG Kassel, Urt. v. 21. 11. 63, IV 413/63, BB 1964/452—453—, das die Förderung des Feuerschutzes als „legitime Aufgabe des Staates“ bezeichnet.

Nachdem selbst das Bundesverfassungsgericht den Ausdruck „legitime öffentliche Aufgabe“ nicht näher definiert hat, kommt es hier auf eine Analyse seines Inhalts und die anschließende Frage nach seiner grundrechtsdogmatischen Relevanz an¹³³.

Sofern sich der Terminus „legitime öffentliche Aufgabe“ mit dem der (nichtstaatlichen) „öffentlichen Aufgabe“ decken sollte, bedarf es keiner weiteren Erörterung, um zu konstatieren, daß es sich schon inhaltlich ebenfalls nur um einen faktisch-soziologischen Ausdruck handelt, von dem rechtliche Folgerungen nicht abgeleitet werden dürfen. Wollte man dagegen in der legitimen öffentlichen Aufgabe eine nur anderslautende Bezeichnung für den materiell-werthafter Begriff „staatliche Aufgabe“ erblicken, so mag das wohl genügen, um der legitimen öffentlichen Aufgabe zunächst einen möglicherweise werthafter Inhalt zuzubilligen.

II. Inhalt und rechtliche Relevanz des Adjektivs „legitim“

Für den terminologischen Wert der Formel „legitime öffentliche“ Aufgabe muß somit untersucht werden, ob das Adjektiv „legitim“ seiner inhaltlich wie äußerlich nur faktisch-soziologischen Beigabe „öffentliche Aufgabe“ einen juristisch erheblichen Geltungsanspruch bzw. selbständige rechtliche Relevanz, etwa im Sinne einer staatlichen Aufgabenstellung, zu verleihen vermag.

In der *allgemeinen* Sprache besitzt das vieldeutige Wort „legitim“ Sinngehalte wie „gesetzlich“, „gesetzmäßig“, „ordnungsgemäß“, „als ehelich anerkannt“ und dergleichen mehr. „Legitimität“ als substantivierte Form des Adjektivs bedeutet in soziologischer Sicht soviel wie faktische Hinnahme, Anerkennung eines rechtlichen Zustandes als „richtig“, da konform mit den Rechtsvorstellungen des bzw. der Betrachter, des Volkes¹³⁴.

In *staats- und verfassungsrechtlicher* Hinsicht läßt sich „Legitimität“ unter dem Aspekt seiner Nachbarschaft zu „Legalität“¹³⁵ abtasten. Ursprünglich diente der Begriff „Legitimität“ zur Kennzeichnung eines erworbenen Anrechts auf Herrschaft, welches weder durch Annexion noch durch Umsturz sollte eliminiert werden können¹³⁶. Dieser zur Sicherung von Herrschergeschlechtern entwickelte „dynastische“ Legitimitätsbegriff ist heute abgelöst vom demokratischen Verständnis der Legitimität.

¹³³ Die Stellungnahmen der Literatur zur legitimen öffentlichen Aufgabe sind weithin unspezifisch, vgl. Klein, H. H., DÖV 1965/755—756 (Fn. 13)—; Scheuner, Öff. Körperschaft, S. 812 f.

Wo die juristische Relevanz dieses Begriffs verneint wird, erspart man sich durchweg eine nähere Begründung.

¹³⁴ Nach Weber, M., Gesellschaft, S. 27: „Die heute geläufigste Legitimitätsform ist der Legalitätsglaube: die Fügsamkeit — der Herrschaftsunterworfenen — gegenüber formal korrekt und in der üblichen Form zustandegewordenen Satzungen“; vgl. auch Schmitt, C., Verfassungslehre, S. 90 f. (91).

¹³⁵ Zum Legalitätsbegriff bei Weber, M., und Schmitt, C., vgl. Winckelmann, Legitimität, S. 56 f.

¹³⁶ Vgl. Quaritsch, EvStLex, Sp. 1226; Schmitt, C., wie vor.

Während „Legitimität“ die Existenz eines absoluten, über dem positiven Recht stehenden Wertmaßstabes voraussetzen und aus diesen höheren Grundsätzen¹³⁷ die Frage nach Rechtfertigung und „Richtigkeit“ des Staates¹³⁸ und seiner Rechtsordnung beantworten soll, versteht man unter „Legalität“ als Übereinstimmung mit einer konkreten gesetzlichen Ordnung all das, was dieser Ordnung, was der geschriebenen Verfassung und dem Gesetz entspricht¹³⁹. „Legitimität“ soll folglich den „ranghöheren“ Begriff als „Legalität“ verkörpern: seit Carl Schmitt¹⁴⁰ hält man eine begriffliche Gleichstellung von „Legitimität“ und „Legalität“ in der juristischen Terminologie deshalb für verfehlt.

III. Untauglichkeit des Terminus „legitime öffentliche Aufgabe“ für die Grundrechtsdogmatik

Der geschilderten subtilen Differenzierung zwischen „Legitimität“ und „Legalität“ ist das Bundesverfassungsgericht bei Entwicklung seiner Formel „legitime öffentliche Aufgabe“ — bewußt oder unbewußt? — nicht gefolgt. Denn es kann nicht angenommen werden, daß im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 GG eine Zwangsmitgliedschaft nur zulässig sein soll, wenn die dem Pflichtverband zugrunde gelegten Aufgaben außerpositiven, vorstaatlichen Wertvorstellungen entsprechen.

Überhaupt erscheint eine Trennung zwischen „legitimen“ und „legalen“ Körperschaftsaufgaben für die *juristische* Terminologie als ebenso unfruchtbar, wie jene Unterscheidung der Substantiva „Legitimität“ und „Legalität“: geht es doch in der grundgesetzlichen Dogmatik darum, Tatbestandsmerkmale zur Identifizierung *verfassungsrechtlich* zulässiger bzw. unzulässiger Sachverhalte zu entwickeln. Ausschlaggebend dafür ist die „Verfassungsordnung“ als gesamte rechtliche Grundordnung des

¹³⁷ Vgl. die dahingehende Frage bei *Winckelmann*, Legitimität, S. 175 und die Ausführungen bei *Zippelius*, Allg. Staatslehre, S. 240.

¹³⁸ Danach realisiert sich „Legitimität“ zum einen im Urteil über die „richtige“ Staatsform (vgl. den Wandel von der Monarchie zur Demokratie, dazu *Zippelius*, Allg. Staatslehre, S. 229), zum anderen in der Entscheidung über die „richtige“ Ausübung der staatlichen Herrschaft (vgl. *Quaritsch*, EvStLex, Sp. 1226; von verfassungsrechtl. Rechtfertigung und Weihe der staatlichen Herrschaft spricht *Winckelmann*, Legitimität, S. 172): diese ist dann „legitim“, wenn sie mit den „anerkannten“ Rechtsvorstellungen und der Rechtsüberzeugung (vgl. *Winckelmann*, ZgesStW 112 [1956] 164—173—) der jeweiligen Kulturgemeinschaft übereinstimmt, welcher der betreffende Staat nach seiner Geschichte und dem Willen seines Volkes (vgl. *Quaritsch*, aaO) angehört.

¹³⁹ Vgl. statt aller von der *Heydte*, August, Stw. „Legitimität“ in Staatslexikon, Bd. V, Freiburg 1960, Sp. 333—334—; *Nawiasky*, Hans, Allg. Staatslehre, Dritter Teil, Staatsrechtslehre, Einsiedeln, Zürich, Köln 1956, S. 118 f.; *Zippelius*, Allg. Staatslehre, S. 238 f.

¹⁴⁰ Vgl. *Schmitt*, C., Verfassungslehre, S. 88; zur Sache neuestens v. *Simon*, Werner, Zur Theorie der Legitimität, in Festschrift für Karl Loewenstein, Tübingen 1971.

Staates, die sich nicht nur auf das geschriebene Recht beschränkt¹⁴¹. Politisch-soziale Wertungen, wie sie im vor- bzw. außerrechtlichen Verständnis des Ausdrucks „legitim“ auftauchen, vermögen demgegenüber keine eigenständige juristische Relevanz zu erlangen. Ist nämlich das grundgesetzliche Rechtsverständnis auch in überpositive Wertvorstellungen eingebettet, so rechnen dazugehörige Maximen, wie die Grundideen einer moralischen Weltordnung — das Gute, Schöne, Wahre und Heilige¹⁴² —, nicht zur konkreten Verfassungsordnung¹⁴³. Und wenn man aus Art. 1 Abs. 2 GG damit argumentieren will, es gebe vorstaatliche Menschenrechte, die nicht erst von der Staatsgewalt geschaffen seien, so kommt man nicht um die andere Erkenntnis, wonach Rechtsgeltung im Sinne eines garantierten, durchsetzbaren Rechts allein vom Staat verbürgt wird und keinesfalls vorstaatlich ist¹⁴⁴. Sollten folglich „Legitimität“ und „legitim“ von der politisch-sozialen in die rechtliche Sphäre tendieren¹⁴⁵, so wäre es angesichts der gewonnenen Feststellungen jedoch abwegig, „legitim öffentlich“ mit „öffentlich-rechtlich“ zu identifizieren¹⁴⁶.

Bei der Suche nach grundrechtlichen Tatbestandsvoraussetzungen für die Zulässigkeit der Zwangsmitgliedschaft kann es ebenfalls nicht auf politische Vorstellungen, sondern allein auf juristische Kriterien ankommen. Deshalb läßt sich die „legitime öffentliche Aufgabe“ der höchstrichterlichen Judikatur nur begreifen als eine unter verfassungsrechtlichen Aspekten „zulässige“ Aufgabe der jeweiligen Zwangskörperschaft. Welche Diskrepanz bricht hier auf zwischen dem verunglückten terminologischen Gewand und der allein sinnvollen Auslegung jener Formel!

Gibt schon der soziologisch-faktische Ausdruck „öffentliche Aufgabe“ keine tragfähige Grundlage für die verfassungsrechtliche Beurteilung von Pflichtverbänden, so erweist sich auch das indifferente Adjektiv „legitim“ als ungeeignet, um diesem Terminus für die Grundrechts-

¹⁴¹ Vgl. BVerfG, Urt. v. 1. 7. 53, 1 BvL 23/51, BVerfGE 2 /380—381, Ls. 4—: „Das Verfassungsrecht besteht nicht nur aus den einzelnen Sätzen der geschriebenen Verfassung, sondern auch aus gewissen sie verbindenden, innerlich zusammenhaltenden allgemeinen Grundsätzen und Leitideen, die der Verfassungsgeber . . . nicht in einem besonderen Rechtssatz konkretisiert hat.“ Ähnlich BVerfG, Urt. v. 23. 10. 51, 2 BvG 1/51, BVerfGE 1/14—17 (Ls. 21), 18 (Ls. 27), 32—; Urt. v. 18. 12. 53, 1 BvL 106/53, BVerfGE 3/225 (Ls. 2)—232 f.—; zur Verfassungsordnung als „gesamte rechtl. Grundordnung des Staates“ ausf. s. u. § 10, Fn. 42.

¹⁴² Vgl. v. Hippel, Ernst, Ungeschriebenes Verfassungsrecht, VVDStRL 10 (1952) 1—18—; ebenda Voigt, Alfred, S. 33 ff.; und Aussprache, S. 46 f.

¹⁴³ Vgl. Obermayer, Klaus, Staatskirchenrecht im Wandel, DÖV 1967/9; ders., Gedanken zur Methode der Rechtserkenntnis, NJW 1966/1885—1890 f.—.

¹⁴⁴ Vgl. Zippelius, Allg. Staatslehre, S. 156.

¹⁴⁵ Vgl. Leisner, Verfassungsgebung, S. 357.

¹⁴⁶ s. o. (§ 6), A. III. 3. c.

dogmatik genügende materielle Werthaftigkeit und selbständige rechtliche Relevanz zu verleihen. Deshalb kann im Ergebnis festgehalten werden, daß das Bundesverfassungsgericht mit der Formel „legitime öffentliche Aufgabe“ lediglich eine Unbekannte, nämlich den Ausdruck „öffentliches Interesse“¹⁴⁷, durch eine zwar wohlklingende, juristisch jedoch verfehlt und daher als Maßstab für die Abgrenzung zulässiger von unzulässigen Zwangsmitgliedschaften untaugliche Redewendung ersetzt hat.

§ 7 Ergebnis

A. Untauglichkeit des Art. 2 Abs. 1 GG zur Abgrenzung zulässiger von unzulässigen Zwangsmitgliedschaften

I. Angesichts der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 2 Abs. 1 GG hat die weitgehende Inhaltlosigkeit dieser Bestimmung¹ nicht verdecken können. Zwar wurden von jeher andere, außerhalb dieser Grundrechtsnorm stehende selbständige Verfassungssätze herangezogen², um Art. 2 Abs. 1 GG geflissentlich wieder mit einem Inhalt zu versehen. Im Ergebnis droht aber nun Freiheit nur noch das zu sein, was die Gesetze gestatten, nicht jedoch mehr³.

Auch hat das Bundesverfassungsgericht dem Ausdruck „legitime öffentliche Aufgabe“ wegen seiner Untauglichkeit für die Grundrechtsdogmatik weder klare Konturen noch einen präzisen Inhalt verleihen können⁴. Man muß folglich davon absehen, in dieser Formel ein die weitgehende Inhaltslosigkeit des Art. 2 Abs. 1 GG kompensierendes, verfassungsrechtlich relevantes Korrektiv zu erblicken.

¹⁴⁷ s. o. § 5, B. II. 2.

¹ Grundlegend dazu siehe oben § 5, B. (II).

² Vgl. BVerfG, Urt. v. 16. 1. 57, 1 BvR 253/56, BVerfGE 6/32—40 f.—; Urt. v. 29. 7. 59, 1 BvR 394/58, BVerfGE 10/89—99, 102—; Urt. v. 27. 1. 65, 1 BvR 213/58 u. a., BVerfGE 18/315—329 f.—.

³ Gefahr der „Gesetzmäßigkeit der Verfassung“, vgl. schon von der Heydte, August, Das Weiß-Blau-Buch zur deutschen Bundesverfassung, Regensburg 1948, S. 14 f.; Krüger, H., Grundgesetz, S. 12; inzwischen auch Leisner, Gesetzmäßigkeit, S. 26 f., 41, 61 f.; ders., Die Gesetzmäßigkeit der Verfassung, JZ 1964/201 ff.; Rupp, NJW 1965/993—994—; Schätzler, J.-G., Bundesverfassungsgericht und verfassungsmäßige Ordnung, NJW 1957/818—819—; ausf. zu diesen Problemen auch Majewski, Otto, Auslegung der Grundrechte durch einfaches Gesetzesrecht, Berlin 1971, passim.

⁴ s. o. § 6, B.

Es liegt auf der Hand, daß bei Zugrundelegung der vom Bundesverfassungsgericht zu Art. 2 Abs. 1 GG entwickelten Interpretation der „letzte, innerste Kern“, der Wesensgehalt (Art. 19 Abs. 2 GG) der freien Persönlichkeitsentfaltung, durch eine Zwangsmitgliedschaft in öffentlich-rechtlichen Verbänden weder berührt noch beeinträchtigt wird. Dies gilt zumindest so lange, als Zwangsmitgliedschaften für den Betroffenen — wie üblich — keine gravierenderen Auswirkungen zeitigen, als die Tatsache bloßer Verbandszugehörigkeit, der Verpflichtung zu unerheblichen Beitragsleistungen oder gelegentlicher Identifizierung mit Verhalten und Äußerungen des Verbandes.

Nicht von ungefähr muß folglich trotz mehrerer einschlägiger Verfahren⁵ heute noch auf den Tag gewartet werden, an welchem das Bundesverfassungsgericht unter den Gesichtspunkten des Art. 2 Abs. 1 GG an einer Zwangsmitgliedschaft zum ersten Male verfassungsrechtliche Zweifel anmelden sollte. Aus diesen Gründen dürfte sich das Gericht bislang auch verhindert gesehen haben, darzulegen, inwieweit Art. 2 Abs. 1 GG durch einen Zwangsbeschluß verletzt sein könnte, wenn ein öffentlich-rechtlicher Verband andere als „legitime öffentliche Aufgaben“ wahrnimmt. Eine derartige Erläuterung wäre indes erforderlich. Denn bei der Beurteilung der Zulässigkeit staatlicher Eingriffe in die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG ist unter dem Aspekt der „verfassungsmäßigen Ordnung“ darauf abzustellen, ob das den Eingriff konstituierende Gesetz materiell und formell mit der Verfassung vereinbar ist⁶. Anläßlich der konkreten Untersuchung wäre folglich auch zu erörtern, ob die jeweilige Zwangsmitgliedschaft positive oder ungeschriebene Sätze der Verfassungsordnung verletzt.

Hier aber genehmigt sich das Gericht in seiner Deduktion eine zwar unbekümmerte, rechtlich jedoch suspekte Unterlassung: es erspart sich, darzulegen, welcher Verfassungsmaxime das (begrifflich und dogmatisch ohnehin untaugliche) Kriterium der „legitimen öffentlichen Aufgabe“ entspringen soll. Durch die unmotivierte Verwendung eines Blankettbegriffs zur Kompensierung unterlassener Begründungen stellt sich diese Judikatur in Zweifel. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß das Bundesverfassungsgericht ausführt, mit seiner und der sonstigen Rechtsprechung seien noch nicht alle Fragen der Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Zwangsverbände geklärt⁷. Denn diese Judikatur ist seit nunmehr dreizehn Jahren von Bestand, ohne daß sich eine grundlegende Revision oder Vertiefung abzeichnete⁸.

⁵ s. o. § 5, Fn. 34 f., 125 f.

⁶ s. o. § 5, B. II.

⁷ BVerfG, Beschl. v. 26. 3. 63, 1 BvR 451/62, BVerfGE 16/1—3—.

⁸ Mit Interesse zu erwarten ist in diesem Zusammenhang die Entscheidung des BVerfG zu den anhängigen Verfahren über die Verfassungsmäßig-

Der an Stelle des Art. 9 Abs. 1 GG zur Überprüfung von Zwangsmitgliedschaften bei öffentlich-rechtlichen Verbänden aufgebotene Art. 2 Abs. 1 GG bietet in seiner Verwendung durch das Bundesverfassungsgericht für solche Fälle nur scheinbar einen Grundrechtsschutz. Selbst das „Freiheitsrechtsleitbild“⁹, welches im Verlaufe nach den Zwangsmitgliedschaftsentscheidungen beigezogen wurde, und die Betonung des Übermaßverbotes¹⁰ vermögen allenfalls zur äußersten Eindämmung einer hemmungslosen Ausuferung staatlicher Zwangsorganisationen tauglich zu sein. Sie fordern lediglich eine rational und rationell eingesetzte Staatsgewalt. Darüber hinaus aber verschaffen auch sie dem Art. 2 Abs. 1 GG keinen spezifischen Grundrechtsgehalt. Somit kann die Funktion dieser Grundrechtsbestimmung nur in der Errichtung einer allgemeinen Schranke gegen solche Zwangsmitgliedschaften erblickt werden, welche etwa den Grundsätzen der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit zuwiderlaufen¹¹.

Es hat sich erwiesen, daß die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts in Wirklichkeit eine fundierte Trennung zulässiger von unzulässigen Zwangsmitgliedschaften nicht eröffnet. So muß die gegenwärtige Gerichtspraxis eher als ein mit bloßem verfassungsrechtlichen Anschein umgebenes Verfahren zur Sanktionierung staatlicher Zwangsorganisationen erscheinen, denn als grundrechtsdogmatisch akzeptable Überprüfung im Einzelfall oktroyierter Pflichtmitgliedschaften.

II. Angesichts der „Persönlichkeitskerntheorie“

Zu keinem anderen Ergebnis würde man gelangen, wollte man die dem Bundesverfassungsgericht konträre Alternativauffassung zu Art. 2 Abs. 1 GG der Überprüfung von Zwangsmitgliedschaften zugrunde legen.

Nach dieser Theorie gewährleistet Art. 2 Abs. 1 GG nicht die allgemeine menschliche Handlungsfreiheit in ihrem weiten Sinngehalt. Die freie Persönlichkeitsentfaltung wird vielmehr auf einen kleinen, sich

keit der Zwangsmitgliedschaft bei der saarländischen Arbeitskammer (Aktz. 1 BvR 59/66) und bei der Angestelltenkammer Bremen (Aktz. 1 BvR 430/65).

⁹ Vgl. Hesse, E., Bindung, S. 14; Schmidt, W., AöR 91 (1966) 42—76 f.—.

¹⁰ Vgl. BVerfG, andeutungsweise erstmals in Beschl. v. 7. 4. 64, 1 BvL 12/63, BVerfGE 17/306—313 f.—; ständige Rechtsprechung (dazu Rupp, NJW 1966/2037—2039—) seit Urt. v. 5. 8. 66, 1 BvF 1/61, BVerfGE 20/150—155—; Beschl. v. 23. 5. 67, 2 BvR 534/62, BVerfGE 22/21—26 f.—; Beschl. v. 14. 11. 69, 1 BvR 253/68, BVerfGE 27/211—219—; Beschl. v. 15. 1. 70, 1 BvR 13/68, BVerfGE 27/344—351—; Beschl. v. 14. 10. 70, 1 BvR 307/68, BVerfGE 29—221, 242 f.—.

¹¹ Dazu s. auch u. § 20.

allenfalls kulturell und ideell, nicht aber wirtschaftlich oder gesellschaftlich äußernden Kernbereich reduziert und bezogen¹².

Wegen der zwingenden Relation der beiden Halbsätze des Art. 2 Abs. 1 GG¹³ bleibt zugleich für eine weite Umschreibung der verfassungsmäßigen Ordnung kein Raum. Denn „es wäre nicht verständlich, wie die Entfaltung innerhalb des engen Persönlichkeitskernes gegen die (weite) verfassungsmäßige Ordnung verstoßen könnte“¹⁴. Deshalb wird hier die verfassungsmäßige Ordnung beschränkt auf die elementaren Grundsätze, die tragenden Strukturprinzipien der Verfassung, die Grundentscheidungen des Verfassungsgebers¹⁵. Umgekehrt bedingt die Eingrenzung des Begriffs „verfassungsmäßige Ordnung“ — um die Tätigkeit des Gesetzgebers nicht lahmzulegen — das ebenfalls enge Verständnis der freien Persönlichkeitsentfaltung.

Durch die Anordnung einer Zwangsmitgliedschaft zu öffentlich-rechtlichen Verbänden erfährt auch der hier geschilderte, außerordentlich enge Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung keine Beeinträchtigung. Das Freiheitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG kann folglich zur Überprüfung oder gar Ausschaltung fragwürdiger Zwangsmitgliedschaften wiederum nicht von Bedeutung sein: einerseits wird gerade der enge, kulturell und ideell bestimmte Persönlichkeitsbereich von einer Pflichtzugehörigkeit überhaupt nicht betroffen; andererseits zählt die gesetzliche Anordnung des Organisationszwanges nicht zu tragenden Prinzipien von Verfassung und staatlicher Grundordnung, mittels derer erst eine wirkliche Einschränkung der Persönlichkeitsentfaltung zulässig wäre.

III. Zusammenfassung zu Art. 2 Abs. 1 GG

Zusammenfassend bleibt festzustellen, daß Art. 2 Abs. 1 GG für die Zwangsmitgliedschaft bei öffentlich-rechtlichen Verbänden weder eine

¹² Vgl. *Bachof*, Buchbesprechung, DÖV 1954/351—352—; ders., Grundrechte Bd. III/1, S. 167; *Ehmke*, VVDStRL 20 (1963) 82 f.; *Hamel*, Grundrechte, S. 31 f.; von *Mangoldt-Klein*, GG, Art. 2 Erl. III 6 a, b; *Peters*, Verfassungsziel, S. 669 f.; ders., Referat, S. 47 f.; ders., Die freie Entfaltung der Persönlichkeit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, BVBl 1965/37 f.; *Ridder*, Helmut, Preisrecht ohne Boden, AöR 87 (1962) 311—329—; *Spanner*, Hans, Buchbesprechung, JZ 1965/692.

In der Rechtsprechung neigt der BGH zu dieser Auffassung, vgl. BGH, Urt. v. 20. 5. 58, IV ZR 104/57, BGHZ 27/284—286—; Urt. v. 18. 3. 59, IV ZR 182/58, BGHZ 30/7—11—.

¹³ Dazu s. o. § 5, B. I.

¹⁴ Vgl. BVerfG, Urt. v. 16. 1. 57, 1 BvR 253/56, BVerfGE 6/32—36—; *Peters*, Referat, S. 20 f.

¹⁵ Vgl. *Maunz-Dürig-Herzog*, GG, Art. 2 I, Rn. 18; *Huber*, E. R., DÖV 1956/135 f.; von *Mangoldt-Klein*, GG, Art. 2 Erl. IV 2 a, c; *Krüger*, Herbert, Neues zur Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung und deren Schranken, NJW 1955/201 f.; *Peters*, Verfassungsziel, S. 676; ders., Referat, S. 21, 49, 73.

befriedigende verfassungsrechtliche Beurteilung erschließt noch ausreichenden Grundrechtsschutz gewährt.

Diese Tatsache erklärt sich daher, daß beide vom Begriff der Persönlichkeitsentfaltung ausgehenden Definitionsmöglichkeiten gewisse Einengungen dieses Terminus zur Aufrechterhaltung von Rechtsordnung und Gesetzgebung bedingen. Einmal darf die weit verstandene Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung durch jede Rechtsvorschrift bis auf ihren *Wesensgehalt* beschränkt werden, zum anderen kann eine eng konzipierte Persönlichkeitsentfaltung nur von elementaren Verfassungsmaximen noch in ihrem *Kernbereich* betroffen werden, nicht dagegen von „einfachen“, Zwangsmitgliedschaft anordnenden Gesetzen.

Bei Zugrundelegung dieser Erkenntnisse erweist sich, daß die Zwangsmitgliedschaft bei öffentlich-rechtlichen Körperschaften (in ihrer allgemein üblichen Erscheinung) kein Phänomen ist, welches Art. 2 Abs. 1 GG überhaupt verletzen könnte: sie berührt weder den „Wesensgehalt“ noch den „Kernbereich“ der freien Persönlichkeitsentfaltung. Hilfsweise herangezogene, unklare „Korrektiv“-begriffe vermögen an dieser Tatsache nicht zu rütteln. Sie bewirken allenfalls unzureichende Verlegenheitslösungen.

Art. 2 Abs. 1 GG ist folglich nicht nur von weitgehender Inhaltslosigkeit¹⁶, sondern insbesondere gegenüber Zwangsmitgliedschaften bei öffentlich-rechtlichen Verbänden ohne primäre Tragweite¹⁷: er unterwirft ihre Anordnung lediglich dem Gesetzesvorbehalt.

¹⁶ Jeglichen Inhalt wird man dem Art. 2 Abs. 1 GG jedoch nicht absprechen können (so aber *Rupp*, NJW 1965/993—994—), da nach beiden konträren Auffassungen ein Wesensgehalt bzw. Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung immer erhalten (Art. 1 Abs. 1; Art. 19 Abs. 1, 2; Art. 79 GG) und als „letzter unantastbarer Bereich menschlicher Freiheit und privater Lebensgestaltung der Einwirkung der gesamten öffentlichen Gewalt entzogen“ bleiben muß (vgl. BVerfG, Urt. v. 16. 1. 57, 1 BvR 253/56, BVerfGE 6/32—47—; Urt. v. 13. 2. 64, 1 BvL 17/61 u. a.) BVerfGE 17/232—251— Beschl. v. 16. 7. 69, 1 BvL 19/63, BVerfGE 27/1—6—; Beschl. v. 15. 1. 1970, 1 BvR 13/68, BVerfGE 27/244—350—).

Folglich ist die Behauptung nicht zutreffend, daß Art. 2 Abs. 1 GG wie mehrere Grundrechte der Weimarer Reichsverfassung in der heutigen Verfassungswirklichkeit „völlig leerlaufe“; vgl. *Wintrich*, Problematik, S. 28 f. Wollte man selbst in materieller Hinsicht diese Ansicht teilen, weil Art. 2 Abs. 1 GG lediglich das allgemeine Bindungsprinzip des öffentlichen Rechts an sachliche Rechtfertigung gesetzlicher Bestimmungen und an das Übermaßverbot wiederhole, so bleibt immerhin die prozessuale Bedeutung dieser Grundrechtsnorm beachtenswert; vgl. *Hutzelmann*, Helmut, Die prozessuale Bedeutung des Elfes-Urteils des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 6/32), Diss. Regensburg 1970; *Schätzler*, J. G., Bundesverfassungsgericht und verfassungsmäßige Ordnung, NJW 1957/818—819— spricht einschränkend vom Leerlaufen „im Sinne des Grundgesetzes“. Im Ergebnis wie hier *Zippelius*, EvStLex, Sp. 1504—1507—.

¹⁷ Vgl. ähnlich *Brohm*, Strukturen, S. 274; *Quidde*, DÖV 1958/521—522—; *Scheuner*, Öff. Körperschaften, S. 818.

B. Folgerungen für die verfassungs- rechtliche Beleuchtung von Zwangsmitgliedschaften

Mit diesen Realitäten muß man sich abfinden. Das bedeutet allerdings nicht, daß Zwangsmitgliedschaften eben verfassungsrechtlich nicht „greifbar“ seien und deshalb unbesehen hingenommen werden müßten. An Stelle von Resignation ist es vielmehr geboten, die Fragen der Zwangsmitgliedschaft auch von anderen verfassungsrechtlichen Positionen, als allein solchen des Art. 2 Abs. 1 GG zu beleuchten.

Dafür kommen sowohl (andere) grundrechtliche wie auch staatsorganisationsrechtliche Maximen in Betracht. Da Zwangsmitgliedschaften in der Regel¹⁸ bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts angeordnet werden und nach herrschender Auffassung auch nur dort zulässig sind¹⁹, bietet sich als Anknüpfungspunkt der weiteren Überlegungen eine Besinnung auf die Faktoren an, welche die Sonderstellung solcher Verbände ausmachen.

Darstellung und Würdigung der herrschenden Auffassung zur Abgrenzung zulässiger von unzulässigen Zwangsmitgliedschaften haben erkennen lassen, daß primär die *Organisationsform* dieser Gebilde für die generelle Unanwendbarkeit des Art. 9 Abs. 1 GG ausschlaggebend sein soll. Im Rahmen des (unbehelflichen) Art. 2 Abs. 1 GG wurde ferner abgestellt auf die („legitimen öffentlichen“) *Aufgaben* der jeweiligen Körperschaft.

Es wäre leichtfertig und unsachgemäß, wollte man — wie es allenthalben geschieht — dem Grundkonzept dieser Methode des Bundesverfassungsgerichts zustimmen und davon lediglich einzelne Symptome zu modifizieren und manipulieren versuchen. Im Gegenteil: die Haltbarkeit einer Judikatur, welche den Grundrechtsschutz der einen Norm (Art. 9 Abs. 1 GG) aus formellen Gründen (öffentlich-rechtlicher Status) unterläuft und eine weitere Grundrechtsnorm (Art. 2 Abs. 1 GG) heranzieht, deren sachbezogene Untauglichkeit von vornherein evident ist, verdient ex radice geprüft zu werden.

Dieses Vorhaben und damit das Streben nach einer verfassungsrechtlich akzeptablen Antwort zum Problem der Zwangsmitgliedschaft setzen voraus, daß Wesen und Erscheinungsformen körperschaftlicher Existenz und Wirkens hinreichend geklärt sind. Vor der weiteren grund- und staatsorganisationsrechtlichen Untersuchung ist daher eine sorgfältige und vom Phänomen „Zwangsmitgliedschaft“ vorerst unbeeinflusste Analyse und Differenzierung des vielschichtigen Komplexes „Körperschaft des öffentlichen Rechts“ geboten.

¹⁸ Ausnahmen s. u. § 19, B. III.

¹⁹ Zur Unhaltbarkeit dieser Ansicht s. u. § 19, B. II. 1. b.

Daraus wird sich unter anderem zu ergeben haben, ob für die verfassungsrechtliche Diskussion um Zwangsmitgliedschaften die nur formal-organisatorische oder eine materiell-funktionelle Betrachtungsweise der öffentlich-rechtlichen Körperschaften den Vorzug verdient oder ob nicht beide Aspekte miteinander Berücksichtigung finden müssen.

Drittes Kapitel

Rechtsdogmatische Analyse der Körperschaften des öffentlichen Rechts unter organisatorischen und funktionellen Gesichtspunkten

Überblick

Der Versuch einer juristischen Analyse von Wesen und Erscheinungsformen öffentlich-rechtlicher Körperschaften dient dem Ziel, Kriterien zur späteren dogmatischen Differenzierung jener Gebilde (4. Kap.) zu ermitteln und sie letztlich der Beurteilung von Zwangsmitgliedschaften dienstbar zu machen.

Dafür ist zunächst eine empirisch bedingte Zusammenstellung der Körperschaften des öffentlichen Rechts angezeigt (§ 8). Sodann wird sich erweisen, daß die beabsichtigte Differenzierung nicht am formalen Status oder am Substrat der einzelnen Körperschaft, sondern an einer materiell-funktionellen Qualifizierung ihrer Aufgaben- und Rechtsstellung orientiert werden muß (§ 9).

Daraus erklärt sich schließlich die Notwendigkeit, die für körperschaftliche Wahrnehmung in Betracht kommenden und als „öffentliche“ bzw. „staatliche Aufgaben“ bezeichneten Agendenkategorien eingehend zu beleuchten (§ 10).

§ 8 Systematische Zusammenstellung von Körperschaften des öffentlichen Rechts

A. Allgemeine Übersicht

Die Vielschichtigkeit des Komplexes der öffentlich-rechtlichen Körperschaften¹ wird an einer beispielhaften Aufzählung dazugehöriger Gebilde evident. Dabei eröffnen sich unter systematischen Gesichtspunkten zahlreiche

¹ Zum hier verwendeten Rechtsbegriff der Körperschaft des öffentlichen Rechts s. o. § 3 (IV.).

Gliederungsmöglichkeiten², auf deren Unterschiede es im Rahmen dieser Untersuchung nicht ankommt. Die hier gewählte, Zwangsmitgliedschaften nicht berücksichtigende Darstellung ist von allgemeinen Zweckmäßigkeitserwägungen motiviert³ und soll lediglich einer informativen Schilderung dienen. Die juristische Würdigung und Differenzierung erfolgt in späterem Zusammenhang⁴.

Zu den *Gebietskörperschaften* zählt man üblicherweise den Staat⁵, die Gemeinden⁶ und Gemeindeverbände, Landkreise⁷ und Regierungsbezirke⁸, sowie kommunale Zweckverbände⁹.

Dem Begriff *Personalkörperschaften* sind auf der anderen Seite Berufsverbände, Sozialversicherungsträger, Sonderverbände und eine Reihe nur schwer einzuordnender Einzelgebilde zu subsumieren. Eine eigene Kategorie davon verkörpern schließlich die Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften¹⁰.

Während Gebietskörperschaften vom Interesse dieser Untersuchung nicht erfaßt und Religionsgemeinschaften allenfalls am Rande gestreift werden, stehen im Mittelpunkt die Personalkörperschaften im engeren Sinn¹¹.

B. Die Personalkörperschaften

I. Berufsverbände

Zu den Verbänden der sog. wirtschaftlichen oder *gewerblichen* Berufe gehören der Bayerische Bauernverband¹², die Handwerksinnungen¹³, die

² Eine ausführliche Zusammenstellung der in der maßgeblichen Literatur vorgenommenen Einteilungen findet sich bei Klein, F., ZgGenW 1957/145—147 f.— und Quadflieg, Teilnehmergemeinschaft, S. 32 ff.

³ Eine Zusammenstellung der Körperschaften im nationalsozialistischen Staat gibt Weber, W., Körperschaften, S. 93 ff.; zum Schicksal solcher Organisationen vgl. § 2 Abs. 1 G zu Art. 131 GG idF v. 11. 9. 57 (BGBl I 1297), insbes.: Anlage A zu § 2 Abs. 1.

⁴ s. u. C. und §§ 11—13.

⁵ Vgl. Jellinek, G., Allg. Staatslehre, S. 175; Wolff, H. J., Juristische Person und Staatsperson, Berlin 1933, S. 231 f.

⁶ Vgl. Art. 1 BayGO.

⁷ Vgl. Art. 1 (4 f.) BayLkrO.

⁸ Vgl. Art. 1 (16) BayBezO.

⁹ Vgl. Art. 2 Abs. 3 BayKommZG.

¹⁰ Körperschaften des öffentlichen Rechts gemäß Art. 140 GG, in Verbindung mit Art. 137 Abs. 5 WV, z. B. die EKD, die VELKD, evangelische Landeskirchen, Diözesen der römisch-katholischen Kirche; Christian Science, Heilsarmee (Nationales Hauptquartier in Deutschland), Zentralrat der Juden in Deutschland und andere; eine ausf. Darstellung findet sich bei Obermayer, BK, Art. 140, Rn. 36 f., 44 f.

¹¹ Denen juristische wie natürliche Personen angehören können.

¹² Dazu ausf. s. u. § 12, B. III.

¹³ §§ 52 f. HdwO.

Handwerkskammern¹⁴, die Industrie- und Handelskammern¹⁵, die Landwirtschaftskammern¹⁶.

Die Berufsverbände der sog. *freien Berufe*¹⁷ umfassen die Apothekerkammern¹⁸, die Architektenkammern¹⁹, die Ärzte-, Tierärzte- und Zahnärztekammern¹⁸, geforderte Kraftfahrlehrerkammern²⁰, die Lotsenbrüderschaften und Lotsenkammern²¹, die Notar-²², die Rechtsanwalts-²³ und Patentanwaltskammern²⁴, Schifferbetriebsverbände²⁵, die Steuerberater- und Steuerbevollmächtigtenkammern²⁶ und die Wirtschaftsprüferkammern²⁷.

Unter die Verbände *abhängiger Berufe* fallen schließlich Arbeiter-, Angestellten-, Arbeits- und Arbeitnehmerkammern²⁸.

Nicht zu den öffentlich-rechtlichen Berufsverbänden zählen deren privatrechtliche Zusammenschlüsse und Interessenverbände, wie etwa der Deutsche Handwerkskammertag e. V., der Verband der Landwirtschaftskammern e. V., die Arbeitsgemeinschaft der westdeutschen Ärztekammern (sog. Bundesärztekammer). Hingegen sind die Bundesrechtsanwalts-, die Bundesnotar-, die Bundeslotsenkammer und andere als Körperschaften des öffentlichen Rechts organisiert²⁹.

¹⁴ §§ 90 f. HdwO.

¹⁵ § 3 Abs. 1 IHKG; keinen öffentlich-rechtlichen Status besitzen einleuchtenderweise die im Ausland (!) errichteten deutschen Außenhandelskammern, vgl. *Bremer*, Kammerrecht, S. 343 f.

¹⁶ Vgl. Landwirtschaftskammergesetze in Bremen (v. 20. 3. 56, GBl S. 13, 111), Hessen (v. 24. 6. 53, GVBl S. 55), Nordrhein-Westfalen (v. 11. 2. 49, GVBl S. 53), Rheinland-Pfalz (v. 3. 11. 55, GVBl S. 107), Saarland (v. 9. 7. 56, ABl S. 1042), Schleswig-Holstein (v. 19. 5. 53, GVBl S. 53). Zu der im Rahmen des Bayerischen Bauernverbandes errichteten Landesbauernkammer, welche keine öffentlich-rechtliche Körperschaft ist, s. u. § 12, B. III.

¹⁷ Ausf. vgl. *Brandstetter*, Arnulf, Der Erlaß von Berufsordnungen durch die Kammern der freien Berufe, Berlin 1971; *Fleischmann*, Eugen, Die freien Berufe im Rechtsstaat, Berlin 1970.

¹⁸ Vgl. Kammergesetze in Baden-Württemberg (v. 27. 10. 53, GBl S. 163), Bayern (v. 15. 7. 57, GVBl S. 162), Berlin (v. 18. 12. 61, GVBl S. 1753), Bremen (v. 9. 6. 59, GBl S. 95), Hamburg (v. 28. u. 29. 7. 49, GVBl S. 131, 136, 141), Hessen (v. 18. 4. 66, GVBl S. 101), Niedersachsen (v. 26. 6. 61, GVBl S. 161), Nordrhein-Westfalen (v. 11. 5. 64, GVBl S. 209), Rheinland-Pfalz (v. 17. 4. 67, GVBl S. 127), Saarland (v. 25. 2. 57, ABl S. 197 und v. 17. 7. 63, ABl S. 444), Schleswig-Holstein (v. 18. 12. 53, GVOBl S. 168, 172, 175 und v. 27. 7. 59, GVOBl S. 163).

¹⁹ Vgl. Architekten(kammer)gesetze in Bayern (v. 31. 7. 70, GVBl S. 363), Niedersachsen (v. 23. 2. 70, GVBl S. 37), Rheinland-Pfalz (v. 7. 5. 63, GVBl S. 133), Saarland (Rechtsanordnung v. 4. 7. 47, ABl 1948, S. 215), Schleswig-Holstein (v. 16. 7. 64, GVBl S. 95).

²⁰ Vgl. *Schöttler*, RiA 1963/49 f.

²¹ §§ 31 f., 48 f. G. über das Seelotswesen v. 13. 10. 1954, BGBl II 1035.

²² §§ 65 f., 76 f. BNotO v. 24. 2. 61 (BGBl I 98).

²³ §§ 60 f., 174, 175 f. BRAO v. 1. 8. 59 (BGBl I 565).

²⁴ §§ 53 f. PatAnwO v. 7. 9. 66 (BGBl I 557).

²⁵ §§ 11 f. G. über den gewerblichen Binnenschiffsverkehr v. 1. 10. 53, BGBl I 1453.

²⁶ §§ 31 f. SteuerberaterG v. 16. 8. 61 (BGBl I 1301).

²⁷ §§ 4, 57 f. WirtschaftsprüfO v. 24. 7. 61 (BGBl I 1049).

²⁸ Dazu siehe §§ 1—3; § 11, B. II. 2.; §§ 22, 23.

²⁹ Zur Alternative zwischen privatrechtlichem Bundesspitzenverband und

II. Sozialversicherungsträger³⁰

Zu diesen Körperschaften rechnen zunächst die Träger der *Kranken- und Unfallversicherung*, wie Allgemeine und Besondere Orts- und Land-³¹, Betriebs-³² und Innungskrankenkassen³³, die Ersatzkassen³⁴, die gewerblichen, landwirtschaftlichen und See-Berufsgenossenschaften³⁵, die Bundesknappschaft³⁶, die Feuerwehrunfallversicherungskassen und Gemeindeunfallversicherungsverbände³⁷, sowie Eigenunfallversicherungen öffentlich-rechtlicher Dienstherrn³⁸.

Außerdem zählen hierzu die Träger der *Rentenversicherung*, nämlich Alterkassen für Landwirte³⁹, die Bundesanstalt für Angestellte⁴⁰ und die Landesversicherungsanstalten⁴¹. Als Träger der *Arbeitslosenversicherung* sei ferner die Bundesanstalt für Arbeit⁴² erwähnt.

Schließlich können die Kassenärztlichen und Kassenzahnärztlichen Vereinigungen⁴³ genannt werden.

III. Sonderverbände

Sonderverbände *örtlich* Beteiligter stellen dar die Berufsschulverbände⁴⁴, die Fischerei⁴⁵, Hauberg-⁴⁶ und Jagdgenossenschaften⁴⁷, die Teilnehmer-

bundesunmittelbarer Körperschaft des öffentlichen Rechts vgl. *Köttgen*, JÖR 11 (1962) 274 ff.

³⁰ Umfassend dazu *Greiner*, Lutz, Die Entwicklung der körperschaftlichen und anstaltlichen Struktur und Deutung der Sozialversicherungsträger, Diss. Saarbrücken 1971.

³¹ §§ 4, 225 f., 235 f., 239 f. RVO.

³² §§ 4, 245 f. RVO.

³³ §§ 4, 250 f. RVO.

³⁴ §§ 503 f. RVO.

³⁵ §§ 658 f., 792 f., 850 f. RVO.

³⁶ Vgl. Reichsknappschaftsgesetz v. 23.6.23 (RGBl I 431) idF v. 28.7.69; §§ 1 f. Selbstverwaltungsgesetz v. 22.2.51 (BGBl I 124) idF v. 23.8.67 (BGBl I 917).

³⁷ §§ 657 f. RVO.

³⁸ §§ 653 f., 766 f. RVO.

³⁹ §§ 16 f. des G. über eine Altershilfe für Landwirte v. 27.7.57 (BGBl I 1063) idF v. 14.9.65 (BGBl I 1448).

⁴⁰ §§ 1, 148 AVG.

⁴¹ Bis zum Erlaß des Selbstverwaltungsgesetzes öffentlich-rechtliche Anstalten, seitdem Körperschaften des öffentlichen Rechts.

⁴² Dazu ausf. s. u. § 11, A. II.

⁴³ § 368 k RVO; im Unterschied zu den Ärztekammern und deren Untergliederungen (Ärztlicher Kreis- und Bezirksverband, vgl. Art. 3, 7 Bay-KammerG, v. 15.7.57) erfassen die Kassenärztlichen Vereinigungen nicht alle Ärzte, sondern nur die „Kassenärzte“.

⁴⁴ Art. 6, 8, 10 BayBSchG.

⁴⁵ Art. 37 ff. BayFischG.

⁴⁶ Vgl. informativ: *Rhld.-Pf.VerfGH*, Entsch. v. 19.5.50, 24/49, VerwRspr 3 (1951) 141 f.

⁴⁷ § 9 BJagdG, Art. 11 BayJG.

gemeinschaften der Flurbereinigung⁴⁸, die Waldgenossenschaften⁴⁹ und schließlich die Wasser- und Bodenverbände⁵⁰.

Unter die Sonderverbände *überörtlich* Beteiligter fallen etwa der Bayerische Gemeindetag⁵¹, der Bayerische Sparkassen- und Giroverband⁵², der Bayerische Städteverband⁵¹, die Bayerische Verwaltungsschule⁵³, der Bundesverband für den Selbstschutz⁵⁴, der Landkreisverband Bayern⁵¹ und andere.

IV. Sonstige Personalkörperschaften

Daneben findet sich eine Reihe weiterer Personalkörperschaften, die auf Grund ihrer individuellen Eigenart in das gewählte Schema nicht eingeordnet werden können. Aus der Mehrzahl solcher Gebilde, denen angesichts des hier vertretenen weiten, formellen Körperschaftsbegriffs⁵⁵ auch die Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften zugerechnet werden müssen, seien der Bayerische Jugendring⁵⁶, das Bayerische Rote Kreuz⁵⁷ und als einziges Gebilde eines Bundeslandes im Bereich der überbetrieblichen Mitbestimmung die Wirtschaftskammer Bremens⁵⁸ erwähnt.

C. Notwendigkeit rechtsdogmatischer Differenzierung

Diese beispielhafte Darstellung öffentlich-rechtlicher Körperschaften, welche auch nicht annähernd das Prädikat der Vollständigkeit beansprucht, zeigt die Vielfalt der unter jene Kategorie der juristischen Personen des öffentlichen Rechts zu subsumierenden Gebilde. Bei einer solchen Variationsbreite von Erscheinungen mutet es als aussichtslos

⁴⁸ §§ 16 f. FlurBG.

⁴⁹ §§ 1 ff. Bayer. Nutzungsrechte-Ablösungs-VO v. 12. 8. 53 (BayBS I 476).

⁵⁰ § 2 des WasserverbandG v. 10. 2. 37 (RGBl I 188); §§ 1 f. der Ersten WasserverbandVO v. 3. 9. 37 (RGBl I 933); Art. 43 f. BayWG; vgl. auch BVerfG, Urt. v. 29. 7. 59, 1 BvR 394/58, BVerfGE 10/89 f. bezüglich des „Großen Erftverbandes“.

⁵¹ Zu den Kommunalen Spitzenverbänden in Bayern ausf. s. u. § 12, B. II.

⁵² Art. 22 Abs. 2 BaySpkG.

⁵³ Mitglieder dieser Körperschaft des öffentlichen Rechts sind der Staat, die kreisfreien Gemeinden, Landkreise und der Bayer. Sparkassen- und Giroverband, vgl. Art. 1 des G. Nr. 15 über die Bayer. Verwaltungsschule v. 21. 12. 45 (BayBS I 199).

⁵⁴ Dazu ausf. s. u. § 11, B. II. 1.

⁵⁵ s. o. § 3, A. II. 3. und IV.

⁵⁶ Dazu ausf. s. u. § 12, B. IV.

⁵⁷ Dazu ausf. s. u. § 12, B. I.

⁵⁸ Vgl. § 2 brem. WirtschaftskammerG v. 23. 6. 50, BremGBI S. 71; ausf.: Klink, Dieter, Die paritätisch besetzte Wirtschaftskammer in Bremen, in Gewerkschaftliche Monatshefte 1966/545 ff.—. Die vergleichbare Hauptwirtschaftskammer in Rheinland-Pfalz ist seit 1969 de facto beseitigt.

an, den Versuch einer rechtlichen Differenzierung vorzunehmen. Die Definitionsschwierigkeiten und Meinungsverschiedenheiten über den juristischen Begriff der Körperschaft des öffentlichen Rechts⁵⁹ erklären sich einmal mehr.

Trotzdem sei es unternommen, diese Mannigfaltigkeit von Formen, Substraten, Zwecken und Funktionen im Wege einer Analyse auf grundsätzliche Regelmäßigkeiten zu reduzieren, um für die Verfassungsdogmatik und eine spätere rechtliche Differenzierung relevante Erkenntnisse herauszuarbeiten.

Dieses Vorhaben muß primär von der Einsicht bestimmt sein, daß die am Ende gewonnenen Aussagen keine absolute Gültigkeit besitzen können. Vielmehr sind auch hier Abweichungen und Ausnahmen um der zu entwickelnden Regel willen zu tolerieren. Unter diesen Aspekten ist das Ziel einer juristischen Analyse selbst dann erreicht, wenn die tragenden Grundsätze und Faktoren der Regelercheinungen aufgezeigt und einer dogmatischen Differenzierung dienstbar gemacht werden.

§ 9 Kriterien zur rechtsdogmatischen Analyse der Körperschaften des öffentlichen Rechts

A. Die Mindestanforderungen des Körperschaftsbegriffs?

I. Öffentlich-rechtlicher Status und Sozialsubstrat

Da sämtliche Körperschaften des öffentlichen Rechts begriffsnotwendig¹ den öffentlich-rechtlichen *Status* besitzen, lassen sich aus dieser gemeinsam formellen Eigenschaft keine Anhaltspunkte für eine differenzierende Analyse ableiten². Das den Körperschaften zugrunde liegende *Sozialsubstrat* scheint hingegen für eine Auflösung und Strukturierung jener Gattung der juristischen Personen eher geeignet. Zwar bildet auch diese mitgliedschaftlich zusammengesetzte Grundlage ein allen Körperschaften gemeinsames Charakteristikum. Aber im Gegensatz zum formellen Status erweist sie sich als differenzierungs-

⁵⁹ s. o. § 3.

¹ Zu den Mindestanforderungen des Körperschaftsbegriffs s. o. § 3, A. II. und IV.

² Freilich soll nicht übersehen werden, daß die konkrete Verleihung des öffentlich-rechtlichen Status aus unterschiedlichen Motiven erfolgen kann: dazu s. u. B. I. mit weit. Nachw.

fähiges Merkmal, welches nach seinem jeweiligen funktionellen Zuordnungsbereich analysiert und qualifiziert werden kann.

Zunächst empfiehlt es sich, einen Blick auf die potentiellen Zuordnungsbereiche für das Sozialsubstrat öffentlich-rechtlicher Körperschaften zu werfen. Sodann wird nach Kriterien für die konkrete Eingliederung in diese Kategorien zu fragen sein.

II. Potentielle Zuordnungsbereiche für das Sozialsubstrat der Körperschaften

Als Zuordnungsbereiche für das Sozialsubstrat von Körperschaften des öffentlichen Rechts kommen — bei vorläufiger Hintanstellung der Herkunft und letztlichen Einmündung konkreter Gebilde — Kategorien in Betracht, wie sie unter den Titeln „Staat“, „Gesellschaft“ und „Öffentlichkeit“ geläufig sind.

In erster Linie handelt es sich um die Institution „*Staat*“, welche sich bei einer Betrachtung vom Bürger her als das einheitliche Zuordnungsobjekt für jede Ausübung hoheitlicher Gewalt darstellt³. Unter dem Begriff „Staat“ ist somit nicht allein das unmittelbare Verwaltungsgefüge des Bundes bzw. der Länder zu erfassen, sondern auch die unterstaatlichen Verwaltungsträger, deren sich der Staat zur Erfüllung seiner Angelegenheiten bedient⁴. Damit zählen zum Komplex „Staat“ auch juristische Personen des öffentlichen Rechts⁵, sowie die teilrechtsfähigen Vereinigungen des öffentlichen Rechts⁶, die nichtrechtsfähigen Verwaltungseinheiten und schließlich Hoheitsträger des Privatrechts, etwa Beliehene⁷.

³ Vgl. BVerfG, Beschlüsse v. 20. 7. 54, 1 PBvU 1/54, BVerfGE 4/27—30—; v. 14. 5. 57, 2 BvR 1/57, BVerfGE 6/445—448—; v. 2. 5. 67, 1 BvR 578/63, BVerfGE 21/362—370—; vgl. Bachof, Werbefernsehen, S. 34; Jesch, DÖV 1960/739—740—; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 33 Rn. 45.

⁴ Vgl. Jesch, wie vor; Köttgen, HdSW, Bd. IX, S. 223: „Gesamtbereich aller aus der einheitlichen Wurzel der Staatsgewalt gespeisten Einrichtungen“.

⁵ Also Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, womit allerdings noch nicht gesagt ist, daß diese Gebilde ausnahmslos mit dem Staat zu identifizieren seien.

⁶ Wie Sondervermögen des Bundes (Bundesbahn, Bundespost) und öff.-rechtl. Institutionen außerhalb juristischer Personen des öff. Rechts (z. B. die Technischen Ausschüsse gem. § 24 Abs. 4 GewO).

⁷ Soweit diese Privaten an der Ausübung öffentlicher Gewalt und staatlicher Funktionen teilhaben; vgl. Bachof, AöR 83 (1958) 231; Badura, Verwaltungsmonopol, S. 251; Herzog, Roman, Stw. Beliehener Unternehmer, EvStLex, Sp. 146; Huber, E. R., Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd. I, S. 542; Obermayer, Verwaltungsakt, S. 61; Steiner, JuS 1969/69—71—.

Bei der Ermittlung potentieller Zuordnungsbereiche für das Sozialsubstrat der öffentlich-rechtlichen Körperschaften bedarf es ferner des Bewußtseins von der Existenz der *Gesellschaft*, welche den zwischen Staat und Individuum eingelagerten Raum des *Öffentlichen* besetzt⁸. Es handelt sich um eine faktische Erscheinung allgemeiner Relevanz, die ihre Wertungen nach den jeweiligen Anschauungen einer Epoche in Verbindung mit der konkreten Lage erfährt⁹.

Schließlich sei noch die „Öffentlichkeit“ erwähnt. Sie verkörpert — abgesehen vom gleichlautenden Gesetzesbegriff¹⁰ — die ebenfalls nur faktische Sphäre, in der Staat und Gesellschaft wirken, einander berühren, überschneiden und durchdringen¹¹, in der sich auch die Aktivität der öffentlich- wie der privatrechtlichen Verbände äußert.

III. Herkunft und Einmündung des Sozialsubstrates

Als denkbare Zuordnungsbereiche für das Sozialsubstrat öffentlich-rechtlicher Körperschaften sind im Ergebnis nur der Staat und die (nichtstaatliche) Gesellschaft zu nennen. Denn das Phänomen „Öffentlichkeit“ eignet sich wegen seines dynamisch-funktionellen Gehalts¹² nicht für das hiesige statisch-organisatorisch geprägte Anliegen.

Die beabsichtigte Feststellung, welcher der skizzierten Räume vom jeweiligen Körperschaftssubstrat betreten ist, obliegt der konkreten, Einzelfallanalyse. Dabei hat sich der Betrachter zwischen zwei divergierenden Entwicklungsstadien zu entscheiden: einmal kann die Untersuchung abstellen auf die Sphäre der *Herkunft* des Sozialsubstrates, zum anderen auf den Raum, welcher mit bzw. nach der *Verleihung* des öffentlich-rechtlichen Status erreicht ist.

Der Herkunftsmoment ist jedoch verhältnismäßig einfach aus der weiteren Überlegung zu eliminieren. Bei einer Betrachtung *öffentlich-rechtlicher* Körperschaften kommt es entscheidend auf den Status „*quo*“ an und nicht auf den Status „*quo ante*“. So können *nichtstaatliche* Gebilde aus dem Bereich der Gesellschaft dem Staat ein- oder angegliedert werden, wie etwa der frühere privatrechtliche Verein „Bundesluftschutzverband“, der heute als „Bundesverband für den Selbstschutz“¹³ eine bundesunmittelbare Körperschaft des öffentlichen Rechts darstellt. Umgekehrt mögen nichtstaatliche Gebilde trotz Beimessung

⁸ s. o. § 6, A. III. 2.

⁹ s. o. § 6, A. III. 3 c und e.

¹⁰ Vgl. Krüger, H., Allg. Staatslehre, S. 443.

¹¹ s. o. § 6, A. III. 2. a, b und 3 e.

¹² s. o. § 6, A. III. 2. b.

¹³ s. u. § 11, B. II. 1.

des öffentlich-rechtlichen Status ihre staatsfremde Substanz bewahren, wie die Religionsgemeinschaften und andere noch darzustellende¹⁴ Organisationen.

Staatliche Materien können dagegen aus ehemals unmittelbarer in die mittelbare Staatsverwaltung entlassen und einer dort angesiedelten Körperschaft überantwortet werden: zu denken ist etwa an die Bundesanstalt für Arbeit, jedenfalls im Bereich der Arbeitslosenversicherung¹⁵. Wenn auch in praxi kaum nachweisbar, so besteht schließlich die Möglichkeit totaler Ausgliederung eines anfangs staatlich organisierten Substrates im Wege der Reprivatisierung oder Supranationalisierung.

Ausschlaggebend für eine Differenzierung von Körperschaften des öffentlichen Rechts muß folglich der Zustand sein, in dem sich ein ursprünglich staatliches Substrat *nach* der Entfernung aus der (unmittelbaren) Staatsverwaltung bzw. ein ehemals nichtstaatliches Sozialsubstrat *nach* der Verleihung des öffentlich-rechtlichen Status befindet. Jedoch darf aus der formellen Beimessung dieses Status allein auf eine generelle Identifizierung der jeweiligen Körperschaft mit dem Staat nicht geschlossen werden. Denn hier geht es nicht um die Lokalisierung derartiger Verbände in einem Kreis formell gleichstatuierter Erscheinungen, sondern um die Frage ihrer Zuordnung zum staatlichen oder zum nichtstaatlichen Funktionsbereich.

Eine derartige Einstufung läßt sich indes nur vornehmen, wenn sie über das bloße formelle Geschehen hinaus von zusätzlichen materiellen Rechtsfaktoren untermauert wird. Zeigt doch das Beispiel des Beliehenen, daß allein der äußerliche Status eines Rechtssubjektes noch keine unmittelbare Folgerung auf seine funktionelle Ausstattung erlaubt. Das für die angestrebte Differenzierung entscheidende Augenmerk ist nach alledem auf die materiell-funktionelle Substanz der jeweiligen Körperschaft zu richten, und nicht auf ihren formellen Status.

B. Materiell-funktionelle Qualifizierung des Körperschaftssubstrates

I. Rechtsdogmatisch untaugliche Kriterien

Für die Frage nach der *materiellen* Zuordnung einer Körperschaft des öffentlichen Rechts zum staatlichen oder nichtstaatlichen Funktionsbereich darf eine Reihe gebräuchlicher Gesichtspunkte nicht als ent-

¹⁴ s. u. § 12.

¹⁵ s. u. § 11, A. II.

scheidend herangezogen werden. Es handelt sich insbesondere um historische oder politische Bedingtheiten und um die Unterstellung von Zwecken oder Motiven, welche für die Bildung einer Körperschaft bzw. für die Verleihung des öffentlich-rechtlichen Status an eine dafür taugliche Erscheinung genannt werden mögen.

Beweggründe wie die Disziplinierung und Ordnung von Sozialbereichen, die Dezentralisierung staatlicher Verwaltung oder die Anerkennung und Förderung gesellschaftlicher Interessen, können der deskriptiven Aufhellung potentieller Gründungsvorgänge dienen¹⁶. Gleiches gilt für allgemeine Motive, welche man der Körperschaftsbildung zugrunde legt, nämlich die angeblichen Vorzüge strafferer Organisation, größerer Sachkunde, engerer Bürgernähe und besserer Übersichtlichkeit solcher Erscheinungen.

Diese Aspekte mögen informativen und rechtspolitischen Wert besitzen. Sie sind aber nicht von unmittelbar rechtserheblicher Qualität und deshalb für die grundlegende Anknüpfung einer juristischen Differenzierung ungeeignet.

II. Verfügung über Hoheitsgewalt

Die Analyse öffentlich-rechtlicher Körperschaften im Sinne der alternativen Ausgestaltungsmöglichkeiten ihrer materiellen Beziehung zum staatlichen Bereich bzw. zur gesellschaftlichen Sphäre muß sich an spezifisch rechtlichen Kriterien orientieren.

Solche manifestieren sich etwa in der Frage, ob das betreffende Gebilde Staatsfunktionen erfüllt. Aber der Schluß von der Wahrnehmung staatlicher Agenden auf die Einbeziehung des Aufgabenträgers in den staatlichen Kompetenzbereich ist nicht ohne weiteres zulässig. Dazu muß neben dem Kriterium der Zuweisung potentiell staatlicher Aufgaben abgestellt werden auf die konkrete Ausstattung des (nicht unmittelbar staatlichen) Körperschaftssubstrates mit Hoheitsbefugnissen¹⁷.

Es handelt sich hier allerdings nicht um das Merkmal der Innehabung öffentlich-rechtlicher Rechte und Pflichten. Solche vermag etwa als Leistungs- oder Polizeipflicht jede natürliche und (rechtsfähige) juristische Person des Privatrechts zu besitzen, sofern sie den jeweiligen pflichtbegründenden Tatbestand erfüllt¹⁸. Vielmehr geht es darum, daß eine

¹⁶ Dazu ausf. s. u. § 11, A. III., B. III., § 12, A. II.

¹⁷ Vgl. Steiner, JuS 1969/69—71—.

¹⁸ Vgl. Bachof, AöR 83 (1958) 267 Fn. 79 a; Krüger, H., Allg. Staatslehre, S. 759 f.; Leisner, Werbefernsehen, S. 14 f.; Peters, Aufgaben, S. 878 f., 894; Steiner, JuS 1969/69—71—; zum Begriff der Hoheitsgewalt vgl. Martens, Öffentlich, S. 82 ff.

Teilhabe an der Wahrnehmung normativer, formeller Staatsaufgaben die Möglichkeit des Einsatzes von und damit die Verfügung über Hoheitsgewalt bedingt¹⁹. Die in solchen Fällen angesprochene Macht ist vollziehende Gewalt im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG²⁰.

Verfügung über Hoheitsgewalt äußert sich zunächst nur im Falle konkreter Aufgabenwahrnehmung durch den unmittelbaren Staatsapparat selbst. A priori besitzt allein der Staat die Möglichkeit zur Geltendmachung von Imperium. Körperschaften des öffentlichen Rechts hingegen beruhen nicht nur auf einem von der unmittelbaren Staatsverwaltung ausgegliederten Substrat. Die öffentlich-rechtliche Organisationsform wird auch an Gebilde aus dem privatrechtlich geprägten Bereich der Gesellschaft verliehen. Und allein der öffentlich-rechtliche Status einer solchen Schöpfung bewirkt keine Teilhabe an staatlicher Gewalt²¹. Die jeweilige Rechtsnatur einer Körperschaft erschließt sich also erst dort, wo über den formellen Status hinaus abgestellt wird auf die Qualität ihrer konkreten Aufgaben- und Rechtsstellung.

III. Irrelevanz der Handlungsform

Anzumerken ist, daß sich im modernen Rechts- und Sozialstaat die Ausübung staatlicher Hoheit in Gestalt obrigkeitlichen Befehls und Zwangs erheblich gegenüber anderen Erscheinungsformen staatlicher Aktivität verringert hat. Unter den Aspekten von Leistungsverwaltung und Daseinsvorsorge wird der Staat verstärkt in Akten des Schutzes, der Förderung und Fürsorge tätig. Solche Maßnahmen ergehen selbst in privatrechtlichen Formen und mit privatrechtlichen Mitteln.

Hieran zeigt sich zunächst, daß dem Staat auch die Gestaltungsformen des Zivilrechts zur Verfügung stehen²², daß also die Rechtsform der Organisation „Staat“ für den Rechtscharakter ihrer Handlungs-

¹⁹ Vgl. *Brohm*, Strukturen, S. 154; *Vogel*, Öff. Wirtschaftseinheiten, S. 95 ff. (99).

²⁰ Vgl. *Maunz-Dürig-Herzog*, GG, Art. 19 IV, Rn. 19; *Steiner*, JuS 1969/69—71—.

BVerfG, Beschl. v. 5. 2. 63, 2 BvR 21/60, *BVerfGE* 15/275—280 f.—; *Urt.* v. 25. 6. 68, 2 BvR 251/63, *BVerfGE* 24/33 (Ls. 3)—49 f.—.

²¹ Vgl. *Bachof*, Diskussionsbeitrag, *VVDStRL* 22 (1965) 335; *Haas*, Eckart, Die juristische Person des öffentlichen Rechts als Wettbewerbsunternehmen, Diss. Hamburg 1959, S. 21; *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip, S. 156; *Obermayer*, Verwaltungsakt, S. 60 f.; und *BayVerfGH*, *Entsch.* v. 13. 4. 62, Vf. 107—VII—60, *VerfGHE* 15/22—28—.

Anderer Auffassung offensichtlich *Brohm*, Strukturen, S. 154, soweit er nicht — mit anderen — einen a priori verkürzten Begriff der öffentlich-rechtlichen Körperschaft (s. o. § 3, A. II. 3.) vertritt. Das ist jedoch den Ausführungen nicht eindeutig zu entnehmen.

²² Dazu ausf. *Ossenbühl*, *DÖV* 1971/513—518 f.—.

formen ohne Belang ist. Aber im Hinblick auf die gelegentliche materielle Ausschließung formell privatrechtlichen Handelns des Staates aus dem öffentlichen Recht sind die Konsequenzen etwa für die Grundrechtsbindung, die Amtshaftung des Art. 34 GG und den Gerichtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG evident.

Angesichts der Potenzierung staatlicher Aufgaben im Raum darreichender Staatsbetätigung ist die mitunter vertretene Revision²³ der überkommenen Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht²⁴ zu befürworten. Danach handelt es sich jedenfalls bei staatlichen Maßnahmen zum Zwecke *existenzsichernder*²⁵ Daseinsvorsorge²⁶ auch dann in funktioneller Hinsicht um die Ausübung öffentlicher Gewalt²⁷, wenn selbst privatrechtliche Mittel und Formen Benützung finden²⁸.

Die hergebrachte Unterscheidung zur Dichotomie des deutschen Rechts — wie sie am Begriff eines sich in Anordnung und Zwang erschöpfenden Hoheitlichen orientiert war und im Subordinationsverhältnis das entscheidende Kriterium des öffentlichen Rechts erblickte — verdient damit aufgegeben zu werden. Denn im sozialen Rechtsstaat ist als Kriterium für hoheitliches Handeln und damit für die Zuordnung zum öffentlichen Recht das Merkmal einseitiger Verbindlichkeit bzw.

²³ Vgl. *Bachof*, VVDStRL 12 (1954) 63, 125; *Becker*, Erich, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 19 (1961) 249; *Maunz-Dürig-Herzog*, GG, Art. 19 IV Rn. 19; *Flessa*, Richard, Urteilsanmerkung, DÖV 1959/106—107—; *Hamann-Lenz*, GG, Art. 34 Erl. B 3; *Maunz-Dürig-Herzog*, GG, Art. 33 Rn. 33; in dieser Richtung auch *Steiner*, JuS 1969/69—71—.

²⁴ Dazu ausf. *Bullinger*, Öffentl. Recht, passim; *Brohm*, Strukturen, S. 134 f., 179; *Henke*, VVDStRL 28 (1969) 149 f., 174; *Jellinek*, G., System, S. 200; *Jellinek*, W., Verwaltungsrecht, S. 47 f.; *Krüger*, H., Allg. Staatslehre, S. 321 f., 407, 871; *Martens*, Öffentlich, S. 82 f., 92; *Püttner*, Günter, Allgemeines Verwaltungsrecht, Düsseldorf 1971, S. 67 ff.; *Rupp*, Hans Heinrich, Zum Anwendungsbereich des verwaltungsrechtlichen Vertrages, JuS 1961/59 f.; *Terrahe*, Jürgen, Die Beleihung als Rechtsinstitut der Staatsorganisation, Diss. Münster 1961, S. 24 ff.; *Weber*, W., Stw. Öffentliches Recht, HdSW Bd. VIII, S. 40—41 f.—; *Wolff*, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. I, § 22 II (S. 91 f.) — alle mit zahlr. Nachweisen.

²⁵ Nicht aber fallen sämtliche Leistungen, welche der Staat erbringt und die insofern zum soziologischen Terminus der Daseinsvorsorge zählen können, unter das öffentliche Recht, vgl. *Ossenbühl*, DÖV 1971/513—516 f.— m. w. Nachw.

²⁶ Einsetzend bei 51 % Beteiligung des Staates an entsprechenden Unternehmen.

²⁷ Dazu ausf. *Kirchhof*, Paul, Der Begriff der hoheitsrechtlichen Befugnisse in Art. 33 Abs. IV des Grundgesetzes, Diss. München 1968.

²⁸ Vgl. *Eyermann*, Erich — *Fröhler*, Ludwig, Verwaltungsgerichtsordnung, 5. Aufl., München 1971, § 40 Rn. 51 f.; *Kratzer*, Johann, Literaturbesprechung, DVBl 1961/603—604—; *Rupp*, Hans-Heinrich, Die Beseitigungs- und Unterlassungsklage gegen Träger hoheitlicher Gewalt, DVBl 1958/113—119—; a. A. statt aller neuestens *Kruschke*, Hans-Dieter, Wirtschaftliche Betätigung und fürsorgliche Verpflichtung der öffentlichen Hand, DÖV 1971/694 ff.

einseitiger Erforderlichkeit staatlichen Wirkens²⁹ an die Stelle des Zwangs getreten³⁰.

Darüberhinaus wird selbst erwogen, die verschiedene Einstufung der Handlungen von Hoheitsträgern vollends zu vermeiden und neben existenzsichernden Maßnahmen *jede* Tätigkeit des Staates dem öffentlichen Recht zu überantworten³¹. In materieller Hinsicht unterfielen damit auch formell privatrechtliche Rechtsgeschäfte des Staates, die rein erwerbswirtschaftlichen Zwecken oder — als „Hilfsgeschäfte“ — zur Ausrüstung seines Apparates mit sachlichen Mitteln dienen, dem öffentlichen Recht.

Indes: der vorliegenden Untersuchung ist primär weder eine Würdigung noch die Entwicklung einer eigenen Konzeption zur Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht aufgegeben. So mag der Hinweis genügen, daß die angedeutete Radikalkur, jede Aktivität des Staates dem öffentlichen Recht zuzuordnen, jedenfalls der im Sinne deutscher Rechtstradition gewachsenen und nicht mehr zu tilgenden Dichotomie widerspricht. Zudem ist mit einer öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung auch des Fiskalhandelns nichts gewonnen³². Nicht umsonst blieb im Ergebnis jene letztere Auffassung in Literatur und Rechtsprechung ohne Widerhall³³ und steht nahezu einsam für sich.

Für die Dogmatik um das Phänomen der öffentlich-rechtlichen Körperschaft mag schließlich die Feststellung genügen, daß sich die Zuordnung staatlicher Aktivität zur öffentlichen Gewalt und damit zum öffentlichen Recht am Merkmal einseitiger Verbindlichkeit bzw. Erfor-

²⁹ Folgerungen skizziert Wolff, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. I, § 22 III (insbes. b., S. 101).

³⁰ Erweist sich das öffentliche Recht mithin als Sonderrecht des Staates (s. auch Wolff, H. J., wie vor, § 22 II c, III a, S. 100 f.), so bedarf es der Trennung von dessen Nicht-Sonderrechten. Diesbezüglich ist vor allem die Beibehaltung der Tradition eines zum staatlichen Sonderrecht zählenden Fiskalbereichs (Hilfsgeschäfte, Auftragsvergabe) mangels Inhalts sinnlos geworden. Denn das Handeln des Staates auf diesem Gebiet kann unschwer dem privaten Recht zugeschlagen werden: fehlt doch in der Regel das für öffentliches Recht konstituierende Angewiesensein des einzelnen etwa auf staatliche Aufträge. Zudem stellt der Vergabevorgang ein reines Verwaltungsinternum ohne Rechtsanspruch privater Interessenträger auf Gleichbehandlung oder Vertragsabschluß dar, so daß für eine öffentlich-rechtliche Ausgestaltung kein Anlaß besteht. Unberührt von dieser Zuordnung der Fiskaltätigkeit (im wesentlichen) zum Privatrecht verbleibt die interne öffentlich-rechtliche Kontrolle der betreffenden Aktivität staatlicher Stellen durch Rechnungshof und Parlament.

³¹ Vgl. Krüger, H., Allg. Staatslehre, S. 322 f.; s. auch Bischoff, Friedrich, Neue rechtstechnische Gestaltungsmöglichkeiten im Bereich der unmittelbaren Staatsverwaltung, AöR 81 (1956) 54 f.; Ebert, Arnold, Gesetzliche Vorkaufsrechte der öffentlichen Hand, NJW 1956/1621 f.; Menger, VerwArch 52 (1961) 315.

³² s. o. Fn. 30.

³³ Die Bedenken faßt zusammen Rübner, Formen, S. 370 f.

derlichkeit staatlichen Wirkens zu entscheiden hat. Unter Beachtung dieser Voraussetzungen kommt es auf die jeweilige Handlungsform nicht (mehr) an.

IV. Rechtsstellung und Aufgaben als Differenzierungsmerkmale

Die dogmatische Analyse und Differenzierung der Körperschaften des öffentlichen Rechts hat sich an der materiellen Situation des jeweiligen Gebildes zu orientieren. Maßgeblich ist zuerst, ob die Körperschaft über staatliche Kompetenzen verfügt, unmaßgeblich dagegen, ob und wie diese im Einzelfall realisiert und sichtbar werden, ob also in öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Form agiert wird, und ob sich die Innehabung von Hoheitsgewalt vorwiegend im internen Bereich als Zwangsmitgliedschaft oder gegenüber Außenstehenden im Erlaß von Verwaltungsakten äußert.

Es geht hier ersichtlich nicht um ein ethisches, sondern allein um ein rechtstechnisches Verständnis des organisierten Staates und seiner Aktivität³⁴. Für die angestrebte Ermittlung etwa der „Staatlichkeit“ öffentlich-rechtlicher Körperschaften sind somit die in der Hoheitsgewalt verkörpertten besonderen Befugnisse und Pflichten sowie die angewiesenen Aufgaben von entscheidender Relevanz. Im Grunde hat sich die Analyse damit auf parallele Merkmale zu stützen, wie sie zur Erfassung des Phänomens der Beleihung³⁵ geläufig sind. Hier wie dort dürfen jedoch die kontrovers vertretenen Kriterien der Teilhabe an staatlichen Funktionen (Aufgabentheorie) und der Ausstattung mit hoheitlicher Gewalt (Rechtsstellungstheorie) nicht auf eine alternative Anwendung beschränkt werden³⁶.

Eine solche Isolierung der fundamentalen Elemente materieller Staatlichkeit ist unsachgemäß und daher abzulehnen³⁷. Denn die

³⁴ Vgl. *Arendt*, Karlheinz, Um die Rechtsform der wirtschaftlichen Selbstverwaltung, DÖV 1948/97—100—; *Brohm*, Strukturen, S. 165, 206; *Sauer*, DVBl 1970/486—487—; *Steiner*, JuS 1969/69—71—.

³⁵ Siehe statt mancher die zur Veröffentlichung anstehende Habilitationsschrift von *Steiner*, Udo, Öffentliche Verwaltung durch Private, Allgemeine Lehren, S. 65 ff. (nach Angabe des Verfassers).

³⁶ Vgl. mit zahlr. Nachweisen *Steiner*, JuS 1969/69 ff.; ders., DÖV 1970/526—531 f.—.

³⁷ Zur Notwendigkeit eines kombinierten Maßstabes vgl. *Bender*, Verwaltungsrecht, S. 140 Fn. 1 („öffentliche Verwaltungsaufgaben mit hoheitlichen Befugnissen“); *Huber*, E. R., Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I S. 533 f. („öffentliche Aufgaben und hoheitliche Befugnisse“); *Menger*, Christian-Friedrich, Zur verfassungsrechtlichen Stellung der deutschen politischen Parteien, AöR 78 (1952/53) 149—160—; von *Mutius*, Albert, Urteilsanmerkung, VerwArch 1971/300—302—; *Obermayer*, Verwaltungsakt, S. 61 („Aufgaben der öffentlichen Verwaltung und Hoheitsbefugnisse“); *Peters*, Aufgaben, S. 894 („von Haus aus dem Staat obliegende, mit hoheitlichen Befugnissen zu erfüllende öffentliche Aufgaben“); *Sauer*, DVBl 1970/486—487—; *Steiner*,

Rechtsstellungstheorie übersieht mit ihrer Einengung auf die Befugnis zu obrigkeitlicher Zwangsausübung die unerläßliche Wandlung des Verständnisses von Wesen und Erscheinungsformen der öffentlichen Gewalt³⁸. Zu beachten ist ferner die vielfache Konkurrenz zwischen Staat und Privaten auf gemeinsamem Betätigungsfeld sowie die gesetzlich oder vertraglich begründete Dienstleistung bzw. Indienstnahme Privater³⁹ für staatliche Agenden. Deshalb erweist sich auch die von der Aufgabentheorie hervorgekehrte Qualifizierung der „Staatlichkeit“ eines Verwaltungsträgers nach der hoheitlichen, wesentlich staatlichen und damit notwendig bürgerfremden Substanz seiner Aufgaben als zu eng.

Wo eine Körperschaft mit Hoheitsgewalt ausgestattet ist, vermag sie an formell staatlicher Aufgabenwahrnehmung teilzuhaben, ohne daß es noch einer Differenzierung nach der inhaltlichen Qualität und Struktur dieser Agenden bedürfte. Sofern potentiell staatliche Agenden tatsächlich zugewiesen sind, ist das Sozialsubstrat dieses Gebildes unter materiell-funktionellen Aspekten in das staatliche Kompetenz- und Verwaltungssystem einbezogen. Wenn hingegen einer Körperschaft öffentliche Gewalt nicht eignet, gewinnt ihr öffentlich-rechtlicher Status nur formale Bedeutung. Eine funktionale Teilhabe an der Erledigung von Staatsaufgaben kommt mangels Verfügung über Hoheitsgewalt nicht in Betracht. Damit gehört das Sozialsubstrat einer solchen Körperschaft trotz ihrer öffentlich-rechtlichen Organisationsform in materieller Hinsicht zur (privatrechtlich geprägten) Gesellschaft und nicht zum Staat.

Die Aufgaben⁴⁰ der Körperschaften sind im Ergebnis danach zu qualifizieren, ob das jeweilige Gebilde an öffentlicher Gewalt partizipiert. Je nach diesbezüglicher Ausgestaltung werden die Agenden der einzelnen Organisation demnach als „staatliche“ oder nichtstaatliche, allenfalls „öffentliche Aufgaben“⁴¹ zu deklarieren sein.

JuS 1969/69—70 f.— („Wahrnehmung einer Staatsfunktion und Ausstattung mit öffentlicher Gewalt“); Wolff, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. II, § 104 I, III b (S. 387 f., 391) (öffentlich-rechtliche Verwaltungs- und Wahrnehmungszuständigkeit).

³⁸ s. o. III.

³⁹ Dazu neuestens BVerfG, Beschl. v. 16. 3. 71, 1 BvR 52/66 u. a.; BVerfGE 30/292—310 ff.—.

⁴⁰ Zur begriffsnotwendigen Aufgabenstellung der öffentlich-rechtlichen Körperschaft s. o. § 3, A. II. 3. — Unter „Aufgabe“ soll vorerst ein undifferenzierter Bereich von Tätigkeiten, Interessen und Pflichten verstanden werden, dessen spezifischer Gehalt sich erst durch das jeweilige Attribut „öffentlich“ bzw. „staatlich“ herausbildet. Zu weiteren Aspekten von Aufgaben, Angelegenheiten, Funktionen, Kompetenzen Wolff, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. I, § 2 II b 1 (S. 11), § 29 I a, b (S. 146 f.); Bd. II, § 72 I c 1, IV a (S. 14, 22 f.).

⁴¹ Zur Differenzierung zwischen „öffentlichen“ und „staatlichen Aufgaben“ vgl. § 6, A. IV. und § 10.

Nach alledem zeichnen sich drei unterschiedliche Gestaltungsmöglichkeiten für das Verhältnis zwischen ehemals nichtstaatlichen Sozialgebilden und dem Staate ab:

- einmal mögen sie nach Beimessung des öffentlich-rechtlichen Status mit dem Organisations- und Funktionskomplex „Staat“ zu identifizieren sein (Fall der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben durch eine mit Hoheitsgewalt ausgestattete öffentlich-rechtliche Körperschaft)
- zum andern kann sich eine materiell-funktionelle Gleichsetzung trotz des öffentlich-rechtlichen Status geradezu verbieten (Fall der Beschäftigung mit nichtstaatlichen — „öffentlichen“ — Aufgaben durch eine über öffentliche Gewalt nicht verfügende Körperschaft des öffentlichen Rechts)
- schließlich besteht die Möglichkeit, daß privatrechtliche Sozialgebilde ohne Beimessung des öffentlich-rechtlichen Status als Beliehene auftreten (Fall der selbständigen Wahrnehmung staatlicher Aufgaben durch eine mit hoheitlicher Gewalt ausgestattete juristische Person des Privatrechts)⁴².

Im Hinblick auf die beabsichtigte Differenzierung der Körperschaften legt die bisherige Analyse eine auch terminologische Aufgliederung des Oberbegriffs „Körperschaft des öffentlichen Rechts“ nahe in Körperschaften im (nur) *formellen* und solche im (auch) *materiellen* Sinn⁴³.

Bevor diese Erscheinungen jedoch im einzelnen gewürdigt werden können, veranlaßt die Notwendigkeit dogmatischer Wegbereitung zunächst eine nähere Beschäftigung mit den bewußten „öffentlichen“ und „staatlichen“ Aufgabenkonstellationen. Insbesondere die Relevanz des Terminus „staatliche Aufgabe“ mag nach entsprechenden Darlegungen zur „öffentlichen Aufgabe“⁴⁴ als Rechtfertigung akzeptiert werden, wenn die Abhandlung in diesem Punkt den Umfang eines Exkurses zu erreichen verspricht.

⁴² Vgl. statt mancher Steiner, JuS 1969/69—71—; zum „beliehenen Verband“ vgl. Huber, E. R., Beliehene Verbände, DVBl 1952/456 f.; Scheuner, DÖV 1952/609—611—.

⁴³ Vgl. die Bemerkung bei Jellinek, G., System, S. 268: „passive und aktive öffentlich-rechtliche Verbände.“

⁴⁴ s. o. § 6, A., und gleich anschließend.

§ 10 Potentielle Aufgabenkategorien der Körperschaften des öffentlichen Rechts

A. Die „öffentliche Aufgabe“ als soziologisch-faktischer Begriff

I. Inhaltsbestimmungen der Lehre

Zwar hat sich ergeben, daß der Terminus „öffentliche Aufgabe“ außerhalb des geschriebenen Rechts keine normative Kraft besitzt und aus ihm daher unmittelbare Rechtsfolgen nicht abgeleitet werden dürfen¹. Diese Erkenntnisse hindern jedoch nicht, jenen rechtsdogmatisch irrelevanten Ausdruck im Rahmen einer juristischen Untersuchung trotzdem als soziologisch-politischen Arbeitsbegriff zu verwenden. Denn es ist unumgänglich, Kenntnis zu nehmen von der Existenz eines Bereiches sozial und politisch bedeutsamer Sachverhalte, Erscheinungen und Aufgabenstellungen, deren faktische Bedeutung über die rein individuell-privater Angelegenheiten hinausgeht², so daß ihnen — etwa im Subventionsrecht³ — eine empirisch bedingte Benennung zuteil werden muß. Hierfür kann der Ausdruck „öffentliche Aufgabe“ herangezogen werden.

Allerdings bedarf es noch der Klärung, welcher Inhalt künftig im Arbeitsbegriff „öffentliche Aufgabe“ niedergelegt sein soll. Gleich vorweg kann aus dieser Substanzbestimmung der Bereich der Staatsaufgabe ausgeklammert werden, denn „öffentliche“ und „staatliche Aufgaben“ sind konsequent voneinander zu trennen⁴.

Die Bezeichnung bestimmter, gegenüber staatlichen Aufgaben zu sondernder Agenden als „öffentliche⁵ Aufgaben“ wird in der Literatur von kontroversen Bezugspunkten her motiviert. Einmal erhält die öffentliche Aufgabe ihre Charakterisierung nach dem *Aufgabenträger*,

¹ Dazu ausf. s. o. § 6, A. IV.

² Beispiele s. o. § 6, A. III. 3. a., zu denen jedoch eine Vielzahl weiterer faktisch öffentlicher Verbände und Gebilde treten.

³ So geht es im Subventionsrecht u. a. darum, anhand eines spezifisch öffentlichen Interesses die Subventionswürdigkeit der (öffentlichen) Aufgaben nichtstaatlicher Rechtssubjekte zu ermitteln; näher Ipsen, VVDStRL 25 (1967) 257—276 f., 278 ff.—; man denke etwa an die öffentliche Relevanz der Aufgaben des Allgemeinen Deutschen Automobilclubs (ADAC), welche der Staat durch Überlassung eines Rettungshubschraubers honoriert und subventioniert.

⁴ Dazu ausf. § 6, A. IV.

⁵ Zu den Auffassungen, welche im Widerspruch zur hiesigen Ansicht öffentliche und staatliche Aufgaben identifizieren oder erstere als Ober- und letztere als Unterbegriff verstehen, s. o. § 6, A. I.

welcher zur Wahrnehmung berufen ist — also dadurch, daß ein in der Zone des Öffentlichen, der Gesellschaft, beheimatetes Subjekt die betreffende Agenda zu erledigen habe oder erledigt⁶. Andererseits werden öffentliche Aufgaben als solche definiert, zu deren Erfüllung es besonderer gesellschaftlicher *Einrichtungen* bedarf, wie etwa landwirtschaftlicher Genossenschaften, Konsum- und Wohnungsbaugenossenschaften, privater Bausparkassen, Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit und dergleichen⁷. Schließlich bestimmt man öffentliche Aufgaben auch nach dem *Interessentenkreis* in dessen Sinne sie erwachsen und sich stellen. Öffentliche Aufgaben sind demnach solche, an deren Wahrnehmung und Erledigung die Öffentlichkeit bzw. Gesamtheit ein unmittelbares Interesse⁸ besitzen, ohne daß dadurch bereits ein konkreter Aufgabenträger, etwa der Staat, identifiziert wäre⁹. Hier wird gemeinhin ein begrifflicher Bezug der öffentlichen Aufgabe zu Interessenkonstellationen konstruiert, welche umfassender und weitreichender sind, als etwa nur individuelle Belange des einzelnen Bürgers.

II. Kritik und Modifizierung

Keiner dieser Auffassungen kann absolut gefolgt werden. Zuerst wird übersehen, daß der soziologisch-faktische Ausdruck öffentliche Aufgabe einen bestimmten Aufgabenträger oder existierende Einrichtungen von vornherein nicht fixiert. Insbesondere ist zu bestreiten, daß öffentliche Aufgaben nur dann vorliegen sollen, wenn zugleich ein Aufgabenträger aus dem Bereich der Gesellschaft identifiziert sei. Denn viele solcher Agenden werden selbst von einzelnen Individuen erfüllt. Schließlich erweist sich die Einengung der öffentlichen Aufgabe gar auf solche Angelegenheiten, deren Erledigung die Existenz bestimmter gesellschaftlicher Einrichtungen bedingt, als zu knapp konzipiert und daher unsachgemäß.

⁶ Vgl. *Forsthoff*, Öff. Körperschaft, S. 18, 21, 22; *Klein*, H. H., DÖV 1965/755—758—; *Köttgen*, Öff. Amt, S. 121, 146 f.; *Peters*, Aufgaben, S. 879; *Stern*, VVDStRL 21 (1964) 194.

⁷ Vgl. *Weiser*, G., Die freigemeinwirtschaftlichen Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland, in *Die öffentliche Wirtschaft*, 1965/60 f.

⁸ Vgl. *Becker*, Verwaltungsaufgaben, S. 817; *Brohm*, Strukturen, S. 156; *Fleischmann*, Eugen, Die freien Berufe im Rechtsstaat, Berlin 1970, S. 134; *Herschel*, Staatsentlastende Tätigkeit, S. 231 f., 253; *Klein*, H. H., Teilnahme, S. 27; *Leisner*, Werbefernsehen, S. 23, 25 f.; *Martens*, Öffentlich, S. 45 f., 117 f.; *Peters*, Aufgaben, S. 878 f., 882; *Rüfner*, Formen, S. 389; *Steiner*, JuS 1969/69—70—; *Wolff*, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. I, § 2 II (S. 10 f.).

⁹ Eine Reihe der eben genannten Autoren übersieht die Notwendigkeit dieses Vorbehaltes, der sich aus der erforderlichen Trennung zwischen öffentlichen und staatlichen Aufgaben ableitet.

Die (soziologisch-faktische) öffentliche Aufgabe wird vielmehr dadurch gekennzeichnet, daß an ihrer Wahrnehmung ein bestimmtes *Interesse* besteht. Insofern trifft der Ausgangspunkt der geschilderten dritten Auffassung zu. Die Beschränkung dieses Interesses auf ausschließlich und unmittelbar ein solches der Gesellschaft oder des ganzen Gemeinwesens ist jedoch zu eng. Denn zur Bejahung einer öffentlichen Aufgabe kann selbst das Interesse eines einzelnen Individuums führen: solches wird immer dann der Fall sein, wenn der einzelne in existentiellen Belangen auf Schutz, Hilfe oder Förderung durch andere, also „von außen“ angewiesen ist.

Eine solche potentielle Beziehung der öffentlichen Aufgabe selbst auf individuelle Angelegenheiten einzelner stellt begrifflich keinen Widerspruch in sich dar. Zwar ist grundsätzlich nicht „öffentlich“, was lediglich Einzelpersonen betrifft¹⁰. Aber hier muß eine differenziertere Betrachtungsweise einsetzen. Denn an Bereitstellung und Gewähr existentieller Hilfe zeigt sich nicht allein der Betroffene interessiert. Vielmehr besteht daran zugleich ein Interesse der Gesellschaft als des Inbegriffs aller einzelner, aller denkbaren Hilfsbedürftigen. Jenes mittelbare Interesse erhebt auch die Gewährleistung der erforderlichen Hilfe für in Existenznot geratene Glieder der Gesellschaft zur öffentlichen Aufgabe¹¹.

Man könnte versucht sein, diesem Fassungsvermögen der öffentlichen Aufgabe dadurch Ausdruck zu verleihen, daß man für ihre Bejahung selbst unspezifische Individualinteressen genügen läßt, sofern sie nur ausreichend hörbar artikuliert werden. Eine solche Aufweichung der für „öffentliche Aufgaben“ zu fordernden faktischen Erheblichkeit ist indessen nicht zulässig: um seiner Praktikabilität als soziologischer Arbeitsbegriff willen muß dieser Terminus es verbieten, daß seine tatsächliche Bedeutung durch die Einbeziehung selbst *jedes* beliebigen Einzelinteresses verwässert und am Ende illusorisch wird. Sonst sähe sich bald die Befriedigung des individuellen Unterhaltungsbedürfnisses etwa durch die Veranstaltung von Fußballspektakeln zur „öffentlichen Aufgabe“ befördert.

So bleibt es dabei, daß öffentliche Aufgaben ihre Motivation zuerst in einem an ihre Erledigung geknüpften Interesse der Öffentlichkeit finden müssen. Dieses Interesse setzt allerdings im Einzelfall nicht aus-

¹⁰ s. o. § 6, A. II. 2. b.

¹¹ Diese Feststellung deckt sich mit der Tatsache, daß im staatlichen Bereich auch das Gemeinwohl als „das“ Interesse des Gemeinwesens nicht ausschließlich auf kollektive Gemeinschaftsbelange beschränkt ist, sondern — etwa unter dem Eindruck des Rechtsstaatsprinzips — auch individuelle Einzelangelegenheiten erfassen kann; zu diesen Aspekten vgl. vorerst *Leisner*, Privatinteressen als öffentliches Interesse, DÖV 1970/217—220 f.—; näher s. u. § 21, C. II.

schließlich Agenden von unmittelbarer Relevanz¹² für die gesamte Gesellschaft voraus, sondern umfaßt auch mittelbar solche von existentieller Bedeutung für den einzelnen.

„Öffentliche Aufgaben“ lassen erwarten, daß sich irgendjemand ihrer annimmt. Sofern ihre Erledigung durch außerstaatliche Kräfte in genügendem Maße sichergestellt ist, kann im freiheitlich-demokratischen Staat der Ruf nach Tätigwerden des Gemeinwesens nicht begründet sein. Im Gegenteil: die Ansicht, alle öffentlichen Aufgaben gehörten möglichst in die Hand des Staates, vermag nur einer politischen Fehlvorstellung zu entstammen: ihr ist die Existenz von Verfassungsprinzipien und Grundrechten, welche die Staatsaktivität determinieren, fremd geblieben¹³.

Der Weg zum *staatlichen* Engagement an öffentlichen Aufgaben bahnt sich in mehreren Etappen¹⁴. Daran wird zugleich die Bedeutung dieses Arbeitsbegriffs für Entwicklung und Bestimmung des Rechtsbegriffs der Staatsaufgabe deutlich: zum ersten mag der Staat davon absehen, auf die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben Einfluß zu üben, zweitens ist es ihm möglich, eine freiwillige, von Einsicht getragene Selbstbeschränkung oder -verpflichtung nichtstaatlicher Aufgabenträger anzuregen¹⁵, drittens, die Aufgabenerfüllung zu subventionieren oder zu überwachen, schließlich auch, sie abstrakten Regelungen zu unterwerfen. Grundsätzlich aber ist zu beachten: allein staatliche Anregung, Unterstützung und Überwachung einer individuellen Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch Private erlaubt noch nicht, jene Aufgaben schon wegen dieser Einflußnahme als staatliche zu qualifizieren¹⁶.

¹² In dieser Beschränkung die herrschende Meinung, s. o. Fn. 8.

¹³ Man denke vorerst nur an das Subsidiaritätsprinzip (s. u. § 19, B. II. 2. b.) im Bereich der öffentlichen Fürsorge; vgl. BVerwG, Urt. v. 11. 7. 62, V C 75/62, BVerwGE 14/313—314 f.—; Urt. v. 27. 1. 65, V C 37/64, BVerwGE 20/194—198—; ausf. Desch, Volker, Subsidiaritätsprinzip und Sozialhilferecht, Diss. Würzburg 1965; vgl. auch Peters, Aufgaben, S. 887 und Börner, Bodo, Irrwisch Daseinsvorsorge, BVBl 1971/406—408—; im übrigen näher zu den Grenzen für die Ausuferung staatlicher Aktivität § 19, B. II. 2.

¹⁴ Vgl. repräsentativ Peters, Aufgaben, S. 877 f., 879 f. (s. auch o. § 6, Fn. 25) und Ossenbühl, VVDStRL 29 (1971) 145 ff., 203 f. (Ls. B. 5); ähnlich: Henke, VVDStRL 28 (1969) 171; Herschel, Staatsentlastende Tätigkeit, S. 232 f., 253; Isensee, Subsidiaritätsprinzip, S. 121, 170, 279 f.; Salzwedel, VVDStRL 22 (1965), 209 f.; Ule, ZfSR 1962/637—657 f., 665—; Wacke, Gerhard, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 24 (1966) 106 f.

¹⁵ Vgl. Kaiser, Joseph, Industrielle Absprachen im öffentlichen Interesse, NJW 1970/585 f.; s. auch Isensee, Subsidiaritätsprinzip, S. 216.

¹⁶ Vgl. Brohm, Winfried, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 29 (1971) 253; Martens, Öffentlich, S. 123 f.; ders., NJW 1970/1029—1030—; Ossenbühl, VVDStRL 29 (1971) 158; Steiner, JuS 1969/69—71—; ders., DÖV 1970/529 Fn. 37; ähnlich auch schon Waldecker, Korporation, S. 107 (Fn. 3!); im übrigen s. u. B. I. 4.; kritisch zur Frage der Grenzziehung: Bachof, Otto, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 29 (1971) 249—251 f.—; Herzog, Roman, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 29 (1971) 253 f.

Erst wo der Staat die Erledigung öffentlicher Aufgaben an sich nimmt bzw. unterstaatlichen Verwaltungsträgern zuweist, ist es am Platz, die Bezeichnung „Staatsaufgabe“ in Betracht zu ziehen.

B. Die „staatliche Aufgabe“ als Rechtsbegriff

I. Grundlagen

1. „Staatliche Aufgabe“ als formeller Begriff

Der Terminus „staatliche Aufgabe“ ist von unterschiedlicher Herkunft und besitzt daher auch divergierende Bedeutungen. Bezieht man ihn auf die Betrachtung eines konkreten Staatsgebildes und dessen jeweilige Belange und Angelegenheiten, so handelt es sich um einen empirischen Begriff. Umschreibt man damit hingegen die Agenden, deren sich ein Staat annehmen und für deren Erfüllung er sorgen „sollte“, so liegt ein (allenfalls rechts-)politischer Begriff vor^{16a}.

In dieser Untersuchung geht es jedoch primär um den formellen Begriff der „staatlichen Aufgabe“, d. h. um den Terminus, welcher von selbständiger rechtlicher Relevanz ist und insoweit juristischen Zusammenhang mit der Rechtsordnung eines konkreten Staates besitzt¹⁷. Das Wort „Aufgabe“ bezeichnet hierbei nicht lediglich einen Interessengegenstand, wie im Falle der soziologisch-faktischen „öffentlichen“ Agenda. Vielmehr benennt es einen Kompetenzbereich, d. h. einen Bereich von Angelegenheiten, auf welche sich die staatliche Wahrneh-

^{16a} Unter empirischen und rechtspolitischen Aspekten wird eine „Trendanalyse“ entwickelt bei Ellwein, Thomas, Zur Entwicklung der öffentlichen Aufgaben, DÖV 1972/13—15 f.—.

¹⁷ Die vom Grundgesetz in Art. 80 getroffene Aussage über staatliche Aufgaben ist primär für das bundesstaatliche Innenverhältnis zwischen Bund und Ländern (die jeweils für sich Staaten sind) relevant. Wegen ihrer Bezugnahme auf das föderalistische Kompetenzverteilungssystem (BVerfG, Urt. v. 28.2.61, 2 BvG 1, 2/60, BVerfGE 12/205—244—), besitzt diese verfassungsrechtliche Regelung aber keine entscheidende Bedeutung für die hiesige Untersuchung zur „staatlichen“ Aufgabe. Auch lassen in Art. 30, 73 (74) GG begründete Gesetzgebungsvorbehalte zugunsten des Bundes keinen Schluß darauf zu, daß — wenn schon die Länder von der Gesetzgebung bestimmter Materien ausgeschlossen sind — „erst recht“ allen anderen Rechtssubjekten die Wahrnehmung derartiger Agenden verwehrt sei: Art. 30 grenzt lediglich die Gesetzgebungsfunktionen ab, nicht aber die Lebensbereiche, in denen die Vergegenständlichung der einzelnen Materie zu den konkreten Aufgaben führt, welche zwischen Staat, Individuum und Gesellschaft zur Verteilung anstehen.

mungszuständigkeit bezieht¹⁸. Aus dieser Zuständigkeit folgen Recht und Pflicht des Staates, die jeweilige Aufgabe als „staatliche“ zu erfüllen¹⁹.

2. Verhältnis zwischen staatlichen Aufgaben und Funktionen

Von den einzelnen staatlichen Aufgaben müssen die komplexen Funktionen des Staates unterschieden werden. Allerdings sind damit nicht die differenzierten Funktions- und Verhaltensweisen angesprochen, welche der Staat bei der Erfüllung seiner Aufgaben in Gestalt von Gesetzgebung, Vollziehung und Rechtsprechung ausübt²⁰. Vielmehr geht es hier um die Darstellung jener Funktionen, die sich aus Wesen und Zweck des jeweiligen Staates ableiten, und seine konkrete Aktivität in Gestalt einzelner Aufgaben vorzeichnen. So erwachsen die beispielgebenden *originären* Funktionen des Staates bereits aus seiner wesenhaften Allumfassendheit²¹ und seinem vorgegebenen Selbsterhaltungsanspruch.

Zum einen geht es um die Funktion unbeschränkbarer und unbedingter Innehabung der *Staatsgewalt*. Diese Macht ist Voraussetzung für die vom Staat permanent zu treffenden Entscheidungen über die jeweiligen Erfordernisse konkreter Lagen²². Sie entäußert den Bürger des vorstaatlichen Rechts, seinerseits Gewalt zur Sicherung der ihm eigenen Rechtssphäre zu verüben²³. Diesem Verlust korrespondierend hat der Staat den Schutz zu gewähren, dessen er den Bürger mit seinem Machtvorbehalt entkleidet bzw. dessen sich dieser durch die Übertragung seiner vorstaatlichen Gewalt auf den Staat selbst begeben hat²⁴.

Zum anderen ist als originär staatliche Funktion die notwendige Erstellung einer *Rechtsordnung* zu nennen. Darunter fallen etwa jene Normen, welche von den Adressaten ohne Rücksicht auf ihren Willen zu befolgen

¹⁸ Vgl. Wolff, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. II, § 72 I c 1 (S. 14); „Staatsaufgabe“ ist somit der Oberbegriff zur „Verwaltungsaufgabe“, denn letztere erstreckt sich nur auf Gegenstände, welche zur öffentlichen Verwaltung zählen, nicht dagegen auf die anderen Bereiche des Staates, in denen ebenfalls staatliche Aufgaben erwachsen; vgl. auch Becker, Verwaltungsaufgaben, S. 188; Mayer, Franz, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 29 (1971), 260 f.; zur Etymologie der Staatsaufgabe: Krautzberger, Aufgaben, S. 41 f.

¹⁹ Vgl. Wolff, H. J., aaO, § 72 IV a (S. 22 f.).

²⁰ Küchenhoff, Allg. Staatslehre, S. 147 f., 153 f.; Wolff, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. II, § 16 II c (S. 66) nennen folgende fünf materiell und auch begrifflich zu differenzierende Funktionen: Verfassungsgebung, Gesetzgebung, Regierung, Verwaltung, Rechtsprechung.

²¹ Vgl. Krüger, H., Allg. Staatslehre, S. 761.

²² Vgl. Krüger, H., aaO, S. 767 f.

²³ Zum Verbot der Verübung von Selbstjustiz, Faustrecht und der Haltung einer privaten, paramilitärischen Macht vgl. Sax, Walter, Urteilsanmerkung, JZ 1959/778 f.

²⁴ In der Erkenntnis, daß ein allumfassender und allgegenwärtiger staatlicher Schutz für den Bürger mangels stets präsenter Beistandsmöglichkeit nicht gewährleistet werden kann, ist für die Fälle des Ausbleibens ein eng umgrenztes Selbsthilfe- und Notwehrrecht eingeräumt, vgl. §§ 227 f., 904 BGB; 52 ff. StGB; 127 StPO.

sind²⁵, also die verbindlichen Regelungen der Verhältnisse zwischen Staat und Bürger, und zwischen den Bürgern selbst. Die staatliche Rechtsordnung dient gleichermaßen dem Schutzbedürfnis der Bürger untereinander²⁶, wie vor dem Staat, als auch der Aufrechterhaltung staatlicher Ordnung und damit der staatlichen Existenz²⁷.

Diese Funktionen sind derart wesensbedingt und notwendig mit dem Staat verbunden, daß er sich ihrer — selbst freiwillig — nicht entledigen bzw. auf sie verzichten könnte, ohne dadurch seiner Staatlichkeit verlustig zu gehen. Gleiches kann in solcher Allgemeinheit von den potentiellen weiteren Funktionen eines Staates²⁸, welche sich jenen „originären“ existenznotwendigen hinzugesellen mögen, zwar nicht behauptet werden. Aber Konnex und Unterschied zwischen staatlichen Funktionen und staatlichen Aufgaben ist hier wie dort gleich: die Aufgaben erwachsen zur Konkretisierung und Verwirklichung der Funktionen²⁹, seien es nun originäre oder gewillkürte.

3. Bedeutung des Staatszweckes

Über „originäre“ hinausgehende „gewillkürte“ Funktionen (und damit auch Aufgaben) des Staates werden bestimmt von dem jeweiligen Zweck, welchen man dem Staate beimißt. In der Geschichte sind zahlreiche Theorien vom Staatszweck entwickelt worden³⁰, die sowohl zur Rechtfertigung des Staates, als auch zur Darstellung seiner Aufgaben dienten³¹.

Diese älteren Lehren gründeten durchweg auf der Ansicht, daß der Staat einen von vornherein fixierten und stets gleichbleibenden *absoluten* Zweck zu erfüllen habe. So ist nach der auf Plato und Aristoteles zurückgehenden, von Hegel weiterverfolgten ethischen Theorie der Staat bestimmt, eine sittliche Idee zu verwirklichen³². Ferner pflanzt sich von Augustinus über Mittelalter und Reformationszeit bis zu Stahl³³ die religiöse Lehre fort, welche den Staat der Realisierung göttlichen Willens und der Verehrung

²⁵ Insbesondere die Strafgesetze des Staates! Den Gebilden aus dem Bereich der Gesellschaft ist es damit unbenommen, im Rahmen der vorgezeichneten staatlichen Ordnung für ihren Eigenbereich intern verbindliche Vorschriften zu entwickeln; vgl. Krüger, H., Allg. Staatslehre, S. 769 f.; Del Vecchio, Aufgaben, S. 250; zum Problem der Betriebsjustiz vgl. Baur, Fritz, Betriebsjustiz, JZ 1965/163 ff.; auch Dengler, Dieter, Betriebsstrafe bei innerbetrieblichen kriminellen Verstößen? Diss. Münster 1968; Galperin, Hans, Betriebsjustiz, ihre Zulässigkeit, ihre Grenzen, BB 1970/933 f.

²⁶ Insofern ist die staatliche Rechtsordnung ursprünglich „Friedensordnung“, vgl. Ellwein, Einführung, S. 37.

²⁷ Vgl. Ellwein, aaO, S. 39; zur diesbezüglichen Organisationsfunktion des Staates s. u. § 14.

²⁸ s. gleich anschließend, 4.

²⁹ Vgl. Krautzberger, Aufgaben, S. 51; Leisner, Werbefernsehen, S. 15.

³⁰ Vgl. statt vieler Zippelius, Reinhold, Geschichte der Staatsideen, München 1971, passim; ders., Allg. Staatslehre, S. 236 f., 241 f., 249 f.; auch Küchenhoff, Allg. Staatslehre, S. 97 ff.

³¹ Wobei für den vorliegenden Abriß nur das letztere Moment Relevanz gewinnt.

³² Vgl. Hug, Hans, Die Theorien vom Staatszweck, Winterthur 1954, S. 38 f.

³³ s. o. § 6, Fn. 78.

Gottes dienen läßt³⁴. Die im Absolutismus des 17. und 18. Jahrhunderts vertretene, dem Preußischen Allgemeinen Landrecht (1794) zugrunde liegende und schließlich zum Polizeistaat führende Wohlfahrtstheorie sieht die Aufgabe des Staates darin, das größtmögliche Glück der größtmöglichen Anzahl seiner Untertanen herbeizuführen³⁵. In Opposition gegen den Polizeistaat erwuchs endlich die Theorie vom liberalen Rechts- oder Sicherheitsstaat, wie ihn Kant, Wilhelm von Humboldt, John Locke und Adam Smith propagierten³⁶. Sein Ziel bestand in der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung unter möglichst eingeschränkter („unauffälliger“) Staatstätigkeit. Die streng liberale Rechtsstaatsidee führte letztlich zum „Nachtwächterstaat“ Lasallescher Terminologie.

Gegen einen absoluten Staatszweck ist vorzubringen, daß der Staat gerade nicht auf bestimmte unveränderliche Zwecke oder Aufgaben festgelegt werden darf³⁷. Er hat sich vielmehr an den konkreten Erfordernissen der von ihm betroffenen Lagen zu orientieren³⁸.

Dementsprechend kennt die herrschende und zu bejahende Lehre vom *relativen* Staatszweck³⁹ keine für alle Staaten und Zeiten gleichen Staatsfunktionen. Diese bestimmen sich vielmehr nach den Umständen, die dem jeweiligen Staat im Inneren und von außen gegenüberstehen. Sie werden von den vielfältigsten Imponderabilien beeinflußt und geformt: wie etwa von geographischen und kulturellen Gegebenheiten, wirtschaftlichen Verhältnisse, politischen Zusammenhängen und Auffassungen. Derartige, jederzeit veränderliche und stets eigengeartete Erscheinungen bestimmen von Fall zu Fall die den Notwendigkeiten und „Lagen“⁴⁰ entsprechenden epochalen Zwecke, Funktionen, und damit auch Aufgaben des Staates.

4. Maßgeblichkeit der Verfassungsordnung

a) Für Staatszwecke, -funktionen und -aufgaben einer Epoche lassen sich also weder genau festgelegte Grenzen, noch abschließende und ausschließliche Formeln entwickeln. Vielmehr können sie nur in den Umrissen skizziert werden, welche die jeweilige Gegenwart⁴¹ und Verfassung des Staates bestimmen. Hierfür ist die gesamte Verfassungsordnung⁴² und nicht nur die formelle, geschriebene Verfassung des

³⁴ Vgl. Hug, aaO, S. 114 f.

³⁵ Vgl. Hug, aaO, S. 80 ff.

³⁶ Vgl. Hug, aaO, S. 58, 69 f.

³⁷ Abgesehen von den spezifischen Vorbehalten, welche die konkrete Verfassungsordnung für die Aktivität des jeweiligen Staates errichten mag, dazu gleich im folgenden.

³⁸ Vgl. Krüger, H., Allg. Staatslehre, S. 15 f., 196.

³⁹ Nach Jellinek, G., Allg. Staatslehre, S. 250 f.; vgl. auch Hespe, K., Zur Entwicklung der Staatszwecklehre in der deutschen Staatsrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, Köln 1964.

⁴⁰ Vgl. Krüger, H., Allg. Staatslehre, S. 760; siehe auch Krautzbberger, Aufgaben, S. 41.

⁴¹ „jeweiliger Bewußtseinsinhalt eines Volkes und einer Zeit“: Jellinek, G., Allg. Staatslehre, S. 249; vgl. auch Brohm, Strukturen, S. 156, 157.

⁴² Unter „Verfassungsordnung“ ist die gesamte rechtliche Grundordnung

Gemeinwesens heranzuziehen. Denn letztere gibt nur Grundsätze und Leitlinien, während sie konkrete Entscheidungen über die Bewältigung einzelner Situationen und Agenden in der Regel nicht trifft⁴³.

Der soziale Rechtsstaat des Bonner Grundgesetzes kennt hinsichtlich seiner *Zwecke* zwei fundamentale und komplexe Bezugspunkte: neben der überkommenen originären Macht- und Rechtsfunktion hat er sich einem werthaftern Kultur- und Wohlfahrtszweck verschrieben⁴⁴. Darin manifestiert sich die Verlagerung des Schwergewichts staatlicher Aktivität von der traditionellen, hoheitlichen Eingriffsverwaltung auf die darreichende Leistungsverwaltung.

b) Als staatliche Aufgaben kommen Agenden in Betracht, welche mit der Verfolgung und Realisierung jener komplexen Funktionen befaßt sind. Eine derart allgemeine Feststellung reicht aber für die Zuerkennung formeller Staatsaufgabenqualität an eine bestimmte Agenda nicht aus. Die konkrete Bejahung staatlicher Aufgaben hängt vielmehr von der Erfüllung zweier Prämissen ab.

Zum ersten ist die *Zulässigkeit* der staatlichen Wahrnehmung jener Angelegenheit erforderlich⁴⁵, d. h.: nur wenn und soweit sich der Staat mit einer Materie zulässigerweise befassen darf, kann sie zur staatlichen Aufgabe erhoben werden. Agenden, denen die (potentielle) Verstaat-

des Staates (vgl. *Kügi*, Werner, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Zürich 1945) als materieller Begriff zu verstehen: als „die Gesamtheit der (auch ungeschriebenen) Rechtssätze über die Staatsform, über die rechtlichen, ethischen, politischen und ökonomischen Leitprinzipien, über die Stellung des Bürgers im Staat, über die Bildung und die Kompetenzen der obersten Staatsorgane, ihre Rangordnung untereinander und ihr Verhältnis zueinander und über die grundlegenden Staatseinrichtungen“ (so *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, S. 69 m. w. Nachw. zum materiellen Verfassungsbegriff).

Aus der Verfassungsordnung kann die rechtliche Struktur des Staates abgeleitet werden: ein Normengefüge, das nicht nur aus geschriebenen Rechtssätzen besteht, sondern auch die ungeschriebenen Verfassungssätze — insgesamt die Verfassungsprinzipien — enthält und Verfassungsstruktur genannt wird (dazu *Jesch*, aaO, S. 72); neuestens vgl. *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971) 153, 204 (Ls. C.8).

⁴³ Vgl. *Brohm*, Strukturen, S. 161; *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip, S. 195.

⁴⁴ Vgl. *Badura*, Verwaltungsmonopol, S. 91 f., 108; ders., Verwaltungsrecht, S. 22 f., 27; ders., DÖV 1966/624—628 f.—; grundlegend: *Jellinek*, G., Allg. Staatslehre, S. 255 f.; *Smend*, Rudolf, Verfassung und Verfassungsrecht, München und Leipzig 1928, S. 82 f.

⁴⁵ Vgl. *Bachof*, Werbefersenen, S. 10; *Bogs*, Walter, Organisationsgewalt, in Verhandlungen des 43. DJT, Tübingen 1962, Bd. II, Abschn. G, S. 48 f.; *Krüger*, H., Allg. Staatslehre, S. 834; mit zwar anderer Terminologie, aber sachlich übereinstimmend *Lerche*, Rundfunkmonopol, S. 89 f.; deutlich: *Martens*, Öffentlich, S. 120 (Bsp.: Landesverteidigung bis zur Einführung der Wehrverfassung in das Grundgesetz); *von Olshausen*, Henning, Zur Anwendbarkeit von Grundrechten auf juristische Personen des öffentlichen Rechts, Diss. Marburg 1969, S. 146 f.; *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971) 153 f., 204 (Ls. C.7); *Steiner*, DÖV 1970/526—528 f.—.

lichung von Rechts wegen verwehrt ist, sind terminologisch nicht als „nichtstaatliche“ sondern als „staatsfremde Aufgaben“ zu bezeichnen.

Zwar muß anerkannt werden, daß die Verfassung den Kreis der staatlichen Aufgaben bewußt offenläßt, um den Staat im Wandel der Verhältnisse keiner Erstarrung und Knebelung auszusetzen. Ihm soll die Handlungsfreiheit grundsätzlich gesichert bleiben⁴⁶. Der Staat benötigt somit für die Wahrnehmung einer Agende als staatliche Aufgabe keine besondere grundgesetzliche Ermächtigung⁴⁷.

Über die dem Staat trotzdem auferlegten notwendigen und äußersten Grenzen der Aufgabenerweiterung wird in anderem Zusammenhang eingehend zu sprechen sein⁴⁸. An dieser Stelle sei vorerst darauf hingewiesen, daß der moderne Staat selbst als Träger der vollen Souveränität auf seinem Staatsgebiet nicht unbeschränkt Aufgaben an sich ziehen darf. Er besitzt in seiner Eigenschaft als Verfassungsstaat nur die Befugnis, innerhalb der Grenzen tätig zu werden, die ihm die Verfassung setzt, d. h.: er ist weder omnipotent, noch omnikompetent⁴⁹, verfügt über eine prinzipiell begrenzte Macht und kann nicht nach Belieben agieren.

Erneut zeigt sich, daß die bloß faktisch-soziologische Anerkennung einer Agende als „öffentliche Aufgabe“ noch keinen Freibrief bzw. Rechtfertigungsgrund für staatliche Wahrnehmung solcher Materien abgibt⁵⁰. Auch genügt ein eventuelles Interesse des Staates an der Erledigung ebenso wenig wie die bloße Tatsache der Beschäftigung des Staates⁵¹ mit einer Materie⁵². Die Zulässigkeit staatlicher Aufgabebefassung muß aus rechtlichen Titeln abgeleitet werden und nicht aus soziologischen Agenden, Interessen oder Fakten.

c) Zum zweiten ist für die terminologische Erhebung einer im Grunde zulässigen Aufgabe zur rechtserheblichen Staatsaufgabe erforderlich, daß sie in concreto auch vom Staat selbst, d. h. im staatsorganschaft-

⁴⁶ Vgl. Krüger, H., Allg. Staatslehre, S. 759 f., 775; Martens, Öffentlich, S. 131; Ossenbühl, VVDStRL 29 (1971) 154; beachtenswert dazu Art. 87 Abs. 3 S. 2 GG: „... erwachsen dem Bunde ... neue Aufgaben, so ...“

⁴⁷ Zur Frage, inwieweit die Aufgabenwahrnehmung gesetzlicher Zuweisungen bedarf, s. u. III. 1.

⁴⁸ s. u. § 19, B. II. 2.

⁴⁹ Vgl. Badura, Verwaltungsrecht, S. 27; Lerche, Verfassungsfragen, S. 28 f.; Martens, Öffentlich, S. 119; Püttner, Öff. Unternehmen, S. 202.

⁵⁰ So aber Scheuner, Öff. Körperschaften, S. 820; Fröhler, Werbefernsehen, S. 1; Peters, H., Aufgaben, S. 877; wie hier dagegen Klein, H. H., DÖV 1965/755—757—; Bachof, Werbefernsehen, S. 10.

⁵¹ So offensichtlich das BVerfG, Urt. v. 28. 2. 61, 2 BvG 1,2/60; BVerfGE 12/205—243—: „wenn sich der Staat mit dieser (öffentlichen) Aufgabe in irgendeiner Form befaßt, wird sie zu einer ‚staatlichen Aufgabe‘“ ...

⁵² Vgl. Steiner, JuS 1969/69—71—; ders., DÖV 1970/526—529—; s. auch o. I. 1.

lichem Zugriff, wahrgenommen wird⁵³. Unter „staatliche“ Erledigung fällt nicht nur eine solche im Wege unmittelbarer Staatsverwaltung⁵⁴. Hierzu zählen auch die Aktivitäten unterstaatlicher Verwaltungsträger⁵⁵, also jener nicht nur formell am öffentlich-rechtlichen Status teilhabenden, sondern auch materiell-funktionell zum Staat gehörigen⁵⁶ und daher mit Hoheitsgewalt ausgestatteten Gebilde.

Die Frage, ob der Staat im Einzelfall eine solche Agenda tatsächlich als Staatsaufgabe in seine „Hände“ genommen hat, muß durch Auslegung der betreffenden Rechtssätze ermittelt werden. Fehlt einer potentiell zulässigen staatlichen Materie diese konkrete Beziehung, so ist sie in rechtlicher Hinsicht nicht als „staatsfremde“, sondern als „nichtstaatliche Aufgabe“ anzusprechen und steht als solche in der Nähe des soziologisch-faktischen Arbeitsbegriffs der „öffentlichen“ Aufgabe⁵⁷.

Damit erhellt, daß selbst die einem Staatszweck entspringende Verantwortung des Staates für bestimmte Materien nicht notwendig zu einer konkreten staatlichen Aufgabe führt bzw. führen muß⁵⁸. Denn staatliche Verantwortung realisiert sich nicht unbedingt darin, daß der Staat im Einzelfall die Kompetenz für die jeweilige Agenda allein besitzt und ausübt. Vielmehr vermag er auch durch andere Maßnahmen für eine Sicherstellung des von seiner Verantwortung gebotenen und bezweckten Erfolges zu sorgen⁵⁹. Außerdem können dem Staat selbst

⁵³ Vgl. Gallwas, BVBl 1971/245; Grund, DVBl 1969/481—482 (Fn. 29) (aber Fn. 32)—; Herschel, Staatsentlastende Tätigkeit, S. 231 f.; Klein, H. H., DÖV 1965/755, 758; ders., Teilnahme, S. 24 f.; Martens, Öffentlich, S. 124, 131; Ossenbühl, VVDStRL 29 (1971) 153, 204 Ls. C. 8; ders., Verwaltungsvorschriften, S. 429; Peters, Aufgaben, S. 880; Rupp, Privateigentum, S. 27 (Fn. 46); Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 206; Steiner, JuS 1969/69—70, 71—; Stern, Allg. Staatslehre, S. 106; Wolff, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. I, § 2 II b (S. 12); Zeidler, VVDStRL 19 (1961) 218.

⁵⁴ Zum Komplex „Staat“ s. o. § 9, A. II.

⁵⁵ Zur mittelbaren Staatsverwaltung, ihrem Verhältnis zur Selbstverwaltung und deren „eigenen“ Aufgaben, s. u. § 11, C.

⁵⁶ Zur materiell-funktionellen Betrachtungsweise s. o. § 9, B.

⁵⁷ Beispiel: Förderung des Wohnungsbaues durch den Staat auf Grund der Wohnungsbaugesetze als „staatliche Aufgabe“ im hier entwickelten Sinn; dagegen bewirkt eine solche Förderung etwa durch Kirchen oder einzelne Private trotz des staatlichen Interesses keine Teilhabe an jener formell staatlichen Aufgabe.

⁵⁸ Vgl. Badura, Verwaltungsmonopol, S. 94; Isensee, Subsidiaritätsprinzip, S. 195; Martens, Öffentlich, S. 124; Steiner, JuS 1969/69—71—; ders., DÖV 1970/529 Fn. 37; Vogel, Öff. Wirtschaftseinheiten, S. 62 f.

⁵⁹ Vgl. dazu Art. 152 BV; Beispiele: etwa finanzielle Förderung — Darlehensgewährung — für in die staatliche Verantwortung fallende Belange des Denkmalschutzes, der Städtesanierung und dgl.; — Erlaß verbindlicher Vorschriften (Anordnung eines Kontrahierungszwanges) für das in die staatliche Verantwortung fallende Beerdigungswesen: zugunsten kirchlicher Friedhöfe, welche die Funktionen staatlicher bzw. gemeindlicher Friedhöfe

in Hinsicht auf die Wahrnehmung zulässig verstaatlichter Agenden bestimmte organisatorische Schranken oktroyiert sein, welche die Aufgabenbewegung und -zuordnung innerhalb des mehrschichtigen Staatsapparates betreffen⁶⁰.

d) Der Staatstheorie und der konkreten Verfassungsstruktur⁶¹ eines Gemeinwesens kann schließlich entnommen werden, daß gewisse Agenden notwendig und eng mit dem Staat verbunden und ihm auch allein vorbehalten sind. Daneben finden sich andere Materien, die zwar ebenfalls dem Staat zugewiesen bzw. von ihm an sich gezogen wurden, gleichzeitig aber auch für eine staatsunabhängige Wahrnehmung durch nichtstaatliche Rechtssubjekte offenstehen, so daß sie ersichtlich nicht zu den „gewichtigeren“ Anliegen des Staates zählen⁶².

Die staatlichen Aufgaben lassen sich folglich unterscheiden in dem Staat vorbehaltene Agenden (die er gegebenenfalls einer von ihm beaufsichtigten Erledigung seitens unterstaatlicher Verwaltungsträger zuweisen kann), die „wesentlichen, spezifischen Staatsaufgaben“⁶³, und solche Agenden, die der Staat in Parallele und Konkurrenz zu nicht-staatlichen Rechtssubjekten wahrzunehmen vermag, die sogenannten „bloßen, gewillkürten, konkurrierenden Staatsaufgaben“⁶⁴.

II. Die wesentliche, spezifische Staatsaufgabe

1. Konkretisierung des staatlichen Macht- und Rechtszweckes

Die von der Verfassungsstruktur des Staates getroffene Qualifizierung bestimmter Materien und Tätigkeiten als wesensgemäß und

übernehmen; vgl. auch *BGH*, Urt. v. 24. 4. 61, III ZR 41/60, *BGHZ* 35/111—117—: staatliche Verantwortung (im Sinne einer öffentlich-rechtlichen Verkehrssicherungspflicht) für den Verkehr auf dem Nord-Ostsee-Kanal bedeutet nicht, daß die Lotsung des einzelnen Schiffes eine Staatsaufgabe wäre. Sie wird vielmehr von den Seelotsen nach eigener Verantwortung (§ 25 Abs. 2 SeelotsG), wenn auch unter allgemeiner Aufsicht der Lotsenbrüderschaft und der Aufsichtsbehörde durchgeführt.

Vgl. neuestens *BVerfG*, Beschl. v. 16. 3. 71, 1 BvR 52/66 u. a., *BVerfGE* 30/292—310 f.—: Indienstnahme Privater für öffentliche Aufgaben durch Verpflichtung „zu wirtschaftlichen Maßnahmen und Verhaltensweisen, die nach Form und Inhalt zu dem Bereich privater Unternehmertätigkeit gehören“ (aaO, S. 311); insgesamt siehe auch o. (§ 10) A. II. (am Ende).

⁶⁰ Dazu vgl. u. § 15, A. II. (und B).

⁶¹ Vgl. *Badura*, Verwaltungsmonopol, S. 93 f.; *Leisner*, Werbefernsehen, S. 15 f., m. w. Nachw.

⁶² Vgl. *Badura*, aaO, S. 95 m. w. Nachw.

⁶³ Dazu gleich anschließend.

⁶⁴ Dazu s. u. III.

spezifisch staatlich erwächst vornehmlich den auch staatstheoretisch nachweisbaren Funktionen seines allgemeinen Macht- und Rechtswertes⁶⁵.

Dabei handelt es sich um den obrigkeitlich-hoheitlichen Bereich der staatlichen Aktivität, in welchem für „spezifisch staatliches Handeln“⁶⁶ zur Erledigung anstehen: die „notwendig staatlichen“ Agenden⁶⁷, die „wesentlichen“ und „essentiellen“⁶⁸, die „originären“⁶⁹, „spezifischen“⁷⁰, „ureigensten“ staatlichen Angelegenheiten⁷¹, die staatlichen Aufgaben „im eigentlichen Sinn“⁷², die „inhaltlich qualifizierten“⁷³, die „echten“, „unbedingt“ staatlichen Aufgaben⁷⁴, die „natürlichen Aufgaben des Staates“⁷⁵, die Aufgaben, die „ihrer Natur nach öffentlich“ sind⁷⁶.

Sämtliche derartige Begriffe verweisen auf den potentiellen Einsatz staatlicher Machtmittel zur Erfüllung dieser Aufgaben. Aber für die Anerkennung einer Agende als spezifische Staatsaufgabe genügt die bloße Anwendung bzw. Anwendbarkeit hoheitlicher Gewalt allein nicht. Die Benutzung obrigkeitlicher Mittel macht eine Agende erst dann zur spezifischen Staatsaufgabe, wenn ihre Wahrnehmung diesen Einsatz zwingend erfordert, wenn die Aufgabe mit hoheitlicher Zwangsgewalt unlösbar verknüpft ist⁷⁷. Es kommt ersichtlich weniger auf Mittel und Form, als auf Zweck und Ziel der Tätigkeit an⁷⁸.

Bei den zur Debatte stehenden Materien sind Zweck und Ziel spezifisch staatsbezogen. Deshalb bedingt ihre Wahrnehmung eine besondere Rechtsmacht und die Möglichkeit des Einsatzes obrigkeitlichen Zwanges als augenfälliger Äußerung von Hoheitsgewalt⁷⁹. Eine

⁶⁵ s. o. unter I. 2. und 4.

⁶⁶ Vgl. *Martens*, Öffentlich, S. 132; *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971) 153 f. (Fn. 76); *Vogel*, Öff. Wirtschaftseinheiten, S. 78 f.

⁶⁷ Vgl. *Badura*, Verwaltungsmonopol, S. 92 f., 94; *Leisner*, Werbefernsehen, S. 15; *Scheuner*, Ulrich, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 29 (1971) 249.

⁶⁸ Vgl. *Leisner*, Werbefernsehen, S. 14 f., 17; ders., AöR 93 (1968) 161—184—.

⁶⁹ Vgl. *Krautzberger*, Aufgaben, S. 49 ff.; *BVerfG*, Beschl. v. 5. 5. 64, 1 BvL 8/62, BVerfGE 17/371—376—.

⁷⁰ Vgl. *Herschel*, Staatsentlastende Tätigkeit, S. 231.

⁷¹ Vgl. *Wolff*, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. II, § 84 II b 2 (S. 164).

⁷² Vgl. *Scheuner*, Öff. Körperschaften, S. 815.

⁷³ Vgl. *Köttgen*, JöR 11 (1962) 200 (Fn. 48); ders., Öff. Amt, S. 126.

⁷⁴ Vgl. *Peters*, Aufgaben, S. 892; *Krüger*, H., Allg. Staatslehre, S. 766 f.

⁷⁵ Vgl. *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971) 187.

⁷⁶ Vgl. *Ipsen*, Subventionierung, S. 157.

⁷⁷ Sonst könnte der Staat allein durch die Behauptung, die Erledigung einer Agende bedürfe der Anwendung obrigkeitlicher Gewalt, beliebige Bereiche an sich ziehen, dazu s. o. unter I. 4. b.

⁷⁸ Vgl. *Bachof*, VVDStRL 12 (1954) 81; *Leisner*, Werbefernsehen, S. 17; ders., AöR 93 (1968) 184 f.; *Partsch*, K. J., Verfassungsprinzipien und Verwaltungsinstitutionen, Tübingen 1958, S. 29 f.; *Schick*, DÖV 1962/931—932—.

⁷⁹ Vgl. *Huber*, E. R., Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I S. 689.

staatsunabhängige Wahrnehmung spezifischer Staatsaufgaben durch Private kann nach alledem nicht zulässig sein⁸⁰: einmal wegen der Natur dieser Agenden, zum anderen wegen der Unmöglichkeit, außerhalb des materiell-funktionellen Staatszusammenhanges Hoheitsbefugnisse innezuhaben.

Hinsichtlich der juristischen Personen des öffentlichen Rechts (und der Beliehenen) ergibt sich eine staatsorganisationsrechtlich bedingte Differenzierung der wesensgemäß, spezifisch staatlichen Aufgaben in solche Agenden, die ausschließlich staatsunmittelbar wahrgenommen werden müssen und andere, deren Erledigung auch durch unterstaatliche Verwaltungsträger zulässig ist. Diese Trennung besitzt dogmatische Relevanz für die spätere Erörterung staatsorganisationsrechtlicher und grundrechtlicher Gesichtspunkte zum Phänomen der Zwangskörperschaften. Folglich kann hier von weiteren Darlegungen einstweilen abgesehen werden. Der Veranschaulichung halber seien als (vorerst undifferenzierte) Beispiele für spezifisch staatliche Aufgabenbereiche jedoch genannt: die Rechtspflege, die Außenpolitik, das Verteidigungswesen, die Wirtschafts- und Gewerbeaufsicht, die Währungspolitik und ähnliche, im einzelnen noch darzulegende Materien⁸¹.

2. Randbemerkungen

Zur wesentlichen, spezifischen Staatsaufgabe könnten noch manche grundsätzlichen und klärenden Gedanken angeschlossen werden. Da der Rahmen dieser Untersuchung jedoch Zurückhaltung gebietet, seien lediglich zwei Themen gestreift.

a) Einmal handelt es sich darum, daß solche Materien, die zu den „Stamm-landen staatlicher Ausschließlichkeit“⁸² zählen, die sich also notwendig einer staatsunabhängigen Wahrnehmung durch außerstaatliche Rechtsträger versagen, nicht als „staatliche *Monopole*“ etikettiert werden dürfen⁸³.

Denn diese Agenden sind dem Staat bereits der Sache nach bzw. von Verfassungen wegen — also ohne hinzutretenden Monopolisierungsakt — notwendig vorbehalten. Von einem Monopol darf hingegen im strengen rechtlichen Sinne nur dort die Rede sein, wo die betreffende Materie auch von außerhalb des Staates situierten juristischen oder natürlichen Rechts-subjekten ergriffen und staatsunabhängig erledigt werden könnte bzw.

⁸⁰ Die Existenz eines der Initiative Privater unzugänglichen Aufgabenbereiches bestreitet Evers, Der Staat 3 (1964) 41—56—; dazu gleich im folgenden.

⁸¹ Dazu ausf. s. u. § 15, B.

⁸² Vgl. Fleiner, Institutionen, S. 342.

⁸³ Vgl. Badura, Verwaltungsmonopol, S. 91 f., 255 (zur älteren Literatur); Grund, DVB 1969/481—483 f.—; Köttgen, Daseinsvorsorge, S. 41; Krüger, H., Allg. Staatslehre, S. 731 f.; Leisner, Werbefernsehen, S. 41 f. m. w. Nachw.; Schick, DÖV 1962/931—932—.

konnte⁸³, im Einzelfall jedoch vom Staat unter totaler Ausschließung anderer potentieller Wahrnehmungssubjekte an sich gezogen⁸⁴ worden ist.

Das sich spezifische Staatsaufgaben nicht zur Monopolisierung eignen, kann es im Rechtssinne weder ein „Polizei-“ noch ein „Rechtssetzungs-“ oder andere derartige „Monopole“ des Staates geben⁸⁵.

b) Zum anderen entziehen sich die spezifischen Staatsaufgaben weithin den Wirkungen der *Berufsfreiheit* des Art. 12 Abs. 1 GG⁸⁶. Schloß das Bundesverwaltungsgericht⁸⁷ die Anwendbarkeit dieser Grundrechtsnorm gegenüber solchen Agenden zunächst schon begrifflich aus, so folgte es schließlich der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts⁸⁸. Danach erfaßt Art. 12 Abs. 1 GG diese Materien zwar als Grundsatznorm, gibt jedoch Sonderregelungen aus Art. 33 GG Raum.

Jedenfalls leuchtet ein, daß spezifische Staatsaufgaben im Ergebnis nicht Gegenstand einer durch die absolute Wirkung des Art. 12 Abs. 1 GG zu schützenden Individualbetätigung darstellen können: hat doch der Bürger

⁸⁴ Und evtl. an einen unterstaatlichen Verwaltungsträger weitergereicht.

⁸⁵ Ungenau daher *Hamel*, Grundrechte, S. 62 f. (mit Hinweisen zur Rechtsprechung), der — wie viele Autoren — von Monopolen generell bei Aufgaben, „die dem Staat zustehen“, spricht; vgl. auch *Bachof*, Grundrechte, Bd. III/1, S. 165, 200 f.: „hoheitsrechtliche Monopole“ (S. 201). Insbesondere bei diesen Autoren zeigen sich die verhängnisvollen Auswirkungen mangelnder Unterscheidung zwischen spezifisch staatlichen Aufgaben und staatlichen Monopolen. Denn die (beabsichtigte?) Ungenauigkeit potenziert sich, wenn die Auffassung publiziert wird, daß im Bereich jener — undifferenzierten — „Monopole“ das Grundrecht der Berufsfreiheit nicht anzuwenden sei, weil es an einem verfassungsrechtlich zu schützenden Berufsbild fehle. Mag solche apriorische Ausklammerung des Art. 12 Abs. 1 GG für die individuelle Befassung mit spezifisch staatlichen Aufgaben denkbar sein (dazu gleich im folgenden), so verbietet sich dieses jedenfalls im Hinblick auf die davon konsequent zu trennenden öffentlich-rechtlichen Monopole (s. auch u. § 18, C. mit Fn. 23).

⁸⁶ Vgl. *Jellinek*, G., Gesetz und Verordnung, S. 385; *Klein*, H. H., DÖV 1965/755—758—; *Küchenhoff*, Günther, Die Freiheit der Zulassung zur kasernenärztlichen Tätigkeit, RdA 1960/206; *Leisner*, Werbefernsehen, S. 16; *Lerche*, Rundfunkmonopol, S. 90 f.; *Rupp*, Privateigentum, S. 9, 16 f. (Fn. 27), 22 f.; *Über*, Arbeitszwang, S. 175; *Vogel*, Öff. Wirtschaftseinheiten, S. 60 f., 78 f. (81).

Ausf. *Bethge*, Herbert, Der verfassungsrechtliche Standort der „staatlich gebundenen“ Berufe (Berufliche Teilhabe an Staatsfunktionen oder Verstaatlichung berufsgrundrechtsgeschützter Tätigkeiten), Diss. Köln 1968, S. 79 f. und passim.

⁸⁷ *BVerwG*, Urteile v. 10. 5. 55, I C 121/53, BVerwGE 2/85—86—; v. 1. 12. 55, I C 81/53, BVerwGE 3/21—23—; v. 24. 1. 57, I C 194/54, BVerwGE 4/250—254—; v. 24. 10. 57, I C 197/55, BVerwGE 5/286 f.; v. 21. 11. 57, II C 45/56, BVerwGE 6/13—14—.

Vgl. auch *Hamann*, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 117; *Hamel*, Grundrechte, S. 62, 64; *Reuß*, Urteilsanmerkung, NJW 1955/1532 f.; *Rings*, W., Verwaltungsmonopole und Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz, NJW 1957/657 f.; a. A.: *Warncke*, Theodor, Die jüngste Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Bedürfnisprüfung bzw. numerus clausus, NJW 1956/1587 f.

⁸⁸ *BVerfG*, Urt. v. 11. 6. 58, 1 BvR 596/56, BVerfGE 7/377—397 f.—; Beschl. v. 5. 5. 64, 1 BvL 8/62, BVerfGE 17/371—377 f.—; mit Anschluß *BVerwG*, Urt. v. 20. 11. 59, I C 217/56, BVerwGE 9/334—336—; *BGH*, Urt. v. 13. 12. 61, 2 StR 507/60, NJW 1962/1115—1116—.

das apriorische Gewaltausübungs- und individuelle „Rechtsetzungsrecht“ eines antiken pater familias dem Staat überantwortet, folglich zu dessen Gunsten auf unabhängige persönliche Wahrnehmung solcher Agenden verzichtet.

Den spezifischen Staatsaufgaben fehlt mithin die „Berufsfähigkeit“ im Sinne individueller Ergreifbarkeit und Gestaltung⁸⁹ einer Materie, so daß Ansprüche auf Überlassung derartiger Agenden aus Art. 12 Abs. 1 GG nicht hergeleitet werden können. Unberührt davon verbleibt dem Bürger die Gelegenheit, bei diesen Aktivitäten im Rahmen des öffentlichen Dienstes als Amtswalter mitzuwirken, oder an ihnen evtl. als Beliehener⁹⁰ teilzuhaben⁹¹.

Insgesamt dokumentieren auch diese Erwägungen zur Monopolisierung und zur Berufsfreiheit bei spezifischen Staatsaufgaben, daß der Staat unter Zugrundelegung des vorrangigen Schutzgedankens aus Art. 12 Abs. 1 GG sicher nicht befugt ist, unbeschränkt Angelegenheiten als spezifisch staatliche zu titulieren, um dieses Grundrecht leerlaufen zu lassen⁹². Vielmehr muß der Bereich spezifischer Staatsaufgaben eng gefaßt und hart an der Verfassung gemessen werden⁹³. Dazu zwingt

⁸⁹ „auf Dauer berechnete ... der Schaffung einer (privaten!) Lebensgrundlage dienende Betätigung“; so BVerwG, Urt. v. 14. 12. 54, I C 24/54, BVerwGE 1/269—271—; Urt. v. 10. 5. 55, I C 121/53, BVerwGE 2/85—86—; vgl. auch *Leisner*, *Walter*, Die schutzwürdigen Rechte im besonderen Gewaltverhältnis, DVBl 1960/617 f.; ders., AöR 93 (1968) 161 f.: „öffentliches Amt und Berufsfreiheit“; *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971) 185 f. 206 (Ls. 15); *Rupp*, Privateigentum, S. 16 f. (Fn. 27); vgl. auch *Kirchhof*, Paul, Der Begriff der hoheitsrechtlichen Befugnisse in Art. 33 Abs. IV des Grundgesetzes, Diss. München 1968.

⁹⁰ Unterschied: der Beliehene nimmt die jeweiligen (hoheitlichen) Befugnisse und (staatlichen) Aufgaben im eigenen Namen wahr, Angestellte des öffentlichen Dienstes oder Beamte handeln dagegen in fremden, nämlich des Staates, Namen; zur Differenzierung unter dem Aspekt des Art. 12 Abs. 1 GG: *Hoffmann*, *Heinrich*, Die Verstaatlichung von Berufen, DVBl 1964/457 ff.; vgl. auch *Steiner*, JuS 1969/69—70 f.—; *Wolff*, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. II, § 104 I (S. 388); BVerwG, Urt. v. 5. 3. 68, I C 35/65, BVerwGE 29/166—170 f.—. Ausnahmsweise handeln aber Beliehene auch in fremdem Namen, wenn nämlich der von ihnen Vertretene selbst Beliehener ist (Privatbahnpolizist im Namen seiner Gesellschaft, Schiffskapitän im Namen der Reederei).

⁹¹ Neben der Ernennung zum Beamten und der Beleihung wird als weitere Möglichkeit der Einfügung in den hoheitlichen Funktionszusammenhang die Begründung eines Amtsverhältnisses durch „Anvertrauen“ genannt, vgl. *Pappermann*, *Ernst*, Staatshaftung für aufsichtsführende Schüler, ZBR 1970/354—356—.

⁹² Vgl. BVerfG, Urt. v. 4. 4. 67, 1 BvR 126/65, BVerfGE 21/245—248—;

Statt aller vgl. aus der Literatur *Hoffmann*, *Heinrich*, Die Verstaatlichung von Berufen, DVBl 1964/457 f.; *Leisner*, Werbefernsehen, S. 19; *Obermayer*, und *Steiner*, NJW 1969/1457—1459—; *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971) 187 f.; *Rupp*, NJW 1965/993.

A. A.: *Herzog*, Roman, Stw. Berufsfreiheit, EvStLex, Sp. 155—159—, der dem Staat eine das Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG egalisierende totale Kompetenz-Kompetenz für die Verstaatlichung berufsfähiger Materien einräumt.

⁹³ Zur Problemstellung bei der Betätigung öffentlich-rechtlicher Körperschaften, s. unter C.

der Geltungswille des Grundgesetzes, wie er für die Grundrechte insbesondere in Art. 1 Abs. 3 GG zum Ausdruck gebracht ist. Im Ergebnis wird daher die Formierung spezifischer Aufgaben des öffentlichen Dienstes auch dem verfassungsrechtlichen Übermaßverbot⁹⁴ zu entsprechen haben.

III. Die bloße, gewillkürte, konkurrierende Staatsaufgabe

1. Konkretisierung des staatlichen Kultur- und Wohlfahrtszwecks

Die Frage nach formell staatlichen Aufgaben sieht sich mit einer Fixierung „spezifischer“ Staatsaufgaben nicht ausreichend beantwortet⁹⁵. Vielmehr ist ein weiterer Kreis von Agenden des Staates zu skizzieren, welche nicht zu den „wesentlichen, originären“ zählen, sondern neben diesen als eigene Sparte bestehen⁹⁶. Denn staatliche Aufgaben liegen nicht nur dort vor, wo es um die Realisierung der staatlichen Macht- und Rechtsfunktion geht, und notwendig (oder fakultativ) Zwangsgewalt des Einsatzes harrt⁹⁷.

Darüberhinaus bedingt der staatliche Kultur- und Wohlfahrtszweck⁹⁸ auch eine Hinwendung des Staates zu geistigen, sozialen, ökonomischen und technischen Materien, welche mit obrigkeitlichem Imperium im Grunde nichts gemein haben. Sie qualifizieren sich statt dessen am „gemäßigten“ hoheitlichen Merkmal der einseitigen *Erforderlichkeit* staatlichen Wirkens⁹⁹. Die Verwaltung, früher im wesentlichen Ordnungsgarant, hat sich vorrangig zu einem Leistungsträger gewandelt. So wird gegenwärtig etwa ein Drittel des Sozialprodukts in Form von Steuern und Abgaben durch „öffentliche“ Kassen geleitet und neu verteilt.

An die Stelle ausschließlichen obrigkeitlichen, mittelbestimmten Handelns des Staates ist weithin zweck- und zielgerichtete Aktivität gerückt. Indem etwa 75 % aller Beamten mit Leistungsverwaltung befaßt und nur 25 % in der überkommenen hoheitlichen Eingriffsverwaltung tätig sind, tritt dem Bürger die Mehrheit dieser Staatsdiener nicht mehr als Funktionäre übergeordneter Herrschaft gegenüber, sondern als Partner, Berater und Helfer.

⁹⁴ Dazu s. u § 19, B. II. 2. c.

⁹⁵ Vgl. Steiner, JuS 1969/69—71—.

⁹⁶ Vgl. Herschel, Staatsentlastende Tätigkeit, S. 231; Köttgen, JöR 11 (1962) 200 (Fn. 48).

⁹⁷ So aber Arndt, Adolf, Das Werbefernsehen als Kompetenzfrage, JZ 1965/337 f.; Klein, H. H., DÖV 1965/755—758—.

⁹⁸ s. o. unter I. 3. und 4. a.

⁹⁹ s. o. § 9, B. III.

Der Einsatz obrigkeitlicher Mittel, etwa des Zwangs, ist in jenem Bereich des staatlichen Kultur- und Wohlfahrtszwecks nicht erforderlich¹⁰⁰, ja verzichtbar, jedenfalls nicht das typische Werkzeug der staatlichen Aktivität¹⁰¹. Bei den Agenden zur Realisierung dieser komplexen Funktionen tritt der Staat auch nicht als der einzige Wahrnehmungsinteressent auf. Es handelt sich um den Aktionsbereich, in welchem selbst Kräfte der Gesellschaft, also Private, ihre Betätigung zu finden vermögen, indem sie sich auf freiwillige und vom Staat (mehr oder weniger) unabhängige Weise¹⁰² mit den anfallenden Materien beschäftigen. Unter soziologisch-faktischen Aspekten kann bei ihrer Tätigkeit an die Befassung mit „öffentlichen Aufgaben“ gedacht werden.

Falls der Staat solche Agenden wahrzunehmen gedenkt, gelten für ihre Anerkennung als formell staatliche Aufgaben die bekannten Voraussetzungen: bei Zulässigkeit und Realisierung der Verstaatlichung liegt — als Pendant zur spezifischen Staatsaufgabe — eine bloße, gewillkürte bzw. konkurrierende Staatsaufgabe vor¹⁰³.

Die konkrete Zuweisung einer solchen Agenda an bzw. ihre Ergreifung durch den Staat ist der Verfassungsordnung und insbesondere den Normen des öffentlichen Rechts zu entnehmen¹⁰⁴. Jedoch kann sich die Qualifizierung von Agenden als Staatsaufgaben nicht auf diesen zweifellos bedeutenden Komplex rechtssatzmäßig zugewiesener Materien beschränken. Vielmehr muß die Existenz einer Staatsaufgabe selbst dort Anerkennung finden, wo dem Staat bestimmte Aufgaben im Laufe der geschichtlichen Entwicklung — also traditionell bedingt — zugewach-

¹⁰⁰ Vgl. *Leisner*, Werbefernsehen, S. 18.

¹⁰¹ Finden diese Aufgaben ihre Erledigung in öffentlich-rechtlichen Formen, so spricht man im Gegensatz zur Eingriffsverwaltung von Leistungsverwaltung und „schlichter Hoheitsverwaltung“ (Begriff nach *Jellinek*, W., Verwaltungsrecht, S. 21 f.; neuestens *Schack*, Friedrich, Zur „schlichten Hoheitsverwaltung“, DÖV 1970/40 f. m. w. Nachw.; Kritik: *Obermayer*, Verwaltungsakt, S. 59 f.; ders., Verwaltungsrecht S. 122; und *Mallmann*, VVDStRL 19 (1961) 165 f., 206.

Bei Erledigung in privatrechtlichen Formen spricht man von „Verwaltungsprivatrecht“ (statt vieler *Wertenbruch*, Wilhelm, und *Schaumann*, Wilfried, Grundrechtsanwendung im Verwaltungsprivatrecht, JuS 1961/105 f.; *Obermayer*, Verwaltungsrecht, S. 126; *Wolff*, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. I, § 23 II b (S. 99).

¹⁰² Vgl. o. § 6, Fn. 25; § 10, A. II. (am Ende).

¹⁰³ Dazu s. allg. o. unter I. 4.; vgl. auch *Leisner*, Werbefernsehen, S. 18, mit dem Hinweis auf die Maßgeblichkeit des § 2 Abs. 3 BRRG für „spezifische“ und des § 2 Abs. 2 BRRG für „bloße“ Staatsaufgaben; *Isensee*, Subsidiarität, S. 170 f.

¹⁰⁴ Vgl. *Forsthoff*, Auftraggeber, S. 20: vom öffentlichen Recht her festgelegte Aufgaben öffentlicher Verwaltungsträger; *Klein*, H. H., DÖV 1965/755—759—; ders., Teilnahme, S. 24; *Lerche*, Werbefernsehen, S. 9; *Martens*, Öffentlich, S. 120.

sen sind¹⁰⁵. Denn eine Verfassung darf nicht abstrakt für sich und ohne Beziehung auf die ihr vorgegebene Rechtskultur gesehen werden. Somit gewinnen im Sinne des Gewohnheitsrechts auch Herkommen und Langlebigkeit staatlicher Aufgabenpraxis Relevanz für die Ermittlung der jeweiligen Agenden des Staates. Beispielsweise stellt das Post- und Fernmeldewesen als früher dem Kaiser vorbehaltenes Regal¹⁰⁶ auch heute eine Staatsaufgabe dar; beispielsweise soll der Rundfunk in Deutschland „seit 1926 herkömmlich zu den Aufgaben der öffentlichen Verwaltung“¹⁰⁷ zu rechnen sein¹⁰⁸.

Dagegen ist eine nur konkludente „Verstaatlichung“ von Agenden trotz erwünschter Spontaneität und Elastizität des staatlichen Handelns nicht zulässig. Insbesondere stellen die unspezifischen Aussagen der Art. 20 und Art. 28 GG keine rechtssatzmäßige Zuweisung konkreter Staatsaufgaben dar, noch ersetzen sie diese¹⁰⁹. Die nur allgemein niedergelegte, generelle staatliche Verantwortung für bestimmte Belange und Bereiche ist nicht geeignet, eine dem rechtsstaatlichen Gesetzesvorbehalt genügende Staatsaufgabennormierung zu bewirken¹¹⁰.

2. Leistungsverwaltung, Daseinsvorsorge

Nach gegenwärtigem Befund zeigen sich „bloße“ Staatsaufgaben¹¹¹ vor allem in den Bereichen¹¹² der Wohlfahrtspflege¹¹³, der Förderung

¹⁰⁵ Vgl. Ellwein, Einführung, S. 34; Klein, H. H., Teilnahme, S. 24 f.; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 30, Rn. 10; Steiner, JuS 1969/69—71—; Peters, Aufgaben, S. 892.

¹⁰⁶ Vgl. Hoffmann, Heinrich, Verstaatlichung von Berufen, DVBl 1964/457—459—; Huber, E. R., Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 480, 488 f., 551 f.; Mayer, O., Verwaltungsrecht, Bd. II, S. 282 (Fn. 24); Wolff, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. I, § 23 II a 3 (S. 99): „öffentlich-rechtlich entstandenes Ausschließlichkeitsrecht des Staates“.

¹⁰⁷ So BVerfG, Urt. v. 28. 2. 61, 2 BvG 1, 2/60, BVerfGE 12/205—244, 246—; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 6. 11. 62, 2 BvR 151/60, BVerfGE 15/46—68 f.— (Soldatenfürsorge in Preußen); Beschl. v. 19. 12. 62, 1 BvR 541/57, BVerfGE 15/235—239— (Industrie- und Handelskammern); Urt. v. 4. 4. 67, 1 BvR 126/65, BVerfGE 21/245—254 f.— (Arbeitsvermittlung).

¹⁰⁸ Zur Unhaltbarkeit einer solch undifferenzierten Auffassung im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG s. u. § 12, Fn. 13.

¹⁰⁹ So aber Klein, H. H., Teilhabe, S. 24, Fn. 78.

¹¹⁰ s. auch o. unter I. 4., zur erforderlichen Meßbarkeit und Berechenbarkeit des Staatshandelns vgl. Badura, Verwaltungsmonopol, S. 315; Lerche, Übermaßverbot, S. 58 f.; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 20, Rn. 86 ff. Unter diesen Aspekten war es nur gerechtfertigt, daß sich der Staat zur normativen Fixierung der ihm bei einem denkbaren Notstandsfall erwachsenden Aufgaben durchbringen hat.

¹¹¹ Vgl. ausf. Ellwein, Einführung, S. 36 ff.; ders., Zur Entwicklung der öffentlichen Aufgaben, DÖV 1972/13; Del Vecchio, Aufgaben, S. 255 f.

¹¹² Dazu zählen die verschiedensten Maßnahmen der sozialen Sicherung, wie: Gesundheitsvor- und -fürsorge, öffentliche Kranken-, Arbeitslosen-

von Persönlichkeitsentfaltung¹¹⁴, Wissenschaft und Forschung¹¹⁵, der Wirtschafts-¹¹⁶ und Kulturförderung¹¹⁷ und der allgemeinen Strukturpolitik¹¹⁸. Auf solchen und ähnlichen Gebieten findet der Staat vielfach Gelegenheit, Aufgaben zu erkennen und als „staatliche“ an sich zu ziehen. Er wird dabei vorwiegend zu Zwecken der Daseinsvorsorge¹¹⁹, als

Unfall- und Rentenversicherung (*Rüfner*, VVDStRL 28 [1969] 192 f.), Förderung des (sozialen) Wohnungsbaus (*BVerwG*, Urt. v. 31. 8. 61, VIII C 6/60, NJW 1962/170—171—; 1. *WoBauG* v. 24. 4. 50, BGBl I 83; 2. *WoBauG* v. 27. 7. 56, BGBl I 523); Förderung der Eigentums- und Vermögensbildung nach den Vermögensbildungsgesetzen; Gewährung von Wohngeld und Kindergeld (*BVerfG*, Urt. v. 10. 5. 60, 1 BvR 190/58 u. a., BVerfGE 11/105—114—); weiterhin die Arbeitsverfassung mit Arbeitsschutz und Modellen der Mitbestimmung am Arbeitsplatz; die Unterstützung existentiell Gefährdeter (*BSozHG*) und dgl. mehr.

¹¹³ Zwar werden Materien der Wohlfahrtspflege bereits den „spezifischen“ Staatsaufgaben zugerechnet (vgl. *Krüger*, H., Allg. Staatslehre, S. 770 f.), da der Staat hier seine Aktivität vorwiegend zur Gefahrenabwehr einsetze. Das führt jedoch zur unübersehbaren Ausdehnung jener ausschließlich staatlichen Agenden und damit zur untragbaren Beinträchtigung von Grundrechten (vgl. *Leisner*, Werbefernsehen, S. 18 f.; zu Art. 12 Abs. 1 GG s. o. unter II. 2. b.). Auch gibt die Verfassungsordnung — abgesehen von undetaillierten Programmsätzen — nicht zu erkennen, daß der Staat die Wohlfahrtspflege in ihren mannigfachen Spielarten zu einer seiner wesentlichen, obrigkeitlichen Funktionen erhoben habe. Mangels konkreter Einzelaussagen läßt sich derartiges insbesondere nicht aus dem Bekenntnis des Grundgesetzes zur Sozialstaatlichkeit ableiten.

¹¹⁴ Etwa durch das öffentliche Schulwesen, das in Deutschland im Laufe der Zeit den Charakter einer Staatsaufgabe gewonnen hat, ohne a priori eine solche verkörpert zu haben, vgl. *Ellwein*, Einführung, S. 41 f.; *Peters*, Aufgaben, S. 893.

¹¹⁵ Indem der Staat für materielle Voraussetzungen und Grundlagen zur Erfüllung dieser Anliegen, für Verwaltungsrichtlinien und insbesondere persönliche und sachliche Mittel Sorge trägt; vgl. *Staff*, Ilse, Wissenschaftsförderung im Gesamtstaat, Berlin 1971.

¹¹⁶ Etwa durch staatliche Subventionen; Kohle-, Milchpreis-, Konjunkturpolitik.

¹¹⁷ Ohne daß es darauf ankäme, ob der einzelne Bürger von den staatlichen Angeboten und Leistungen auf diesem Gebiet tatsächlich Gebrauch macht (vgl. Bundesfilmpreis), liegt eine staatliche Aufgabe in vielen derartigen Fällen vor; vgl. zur Errichtung und Unterhaltung von Theatern als Aufgabe des Staates *BayVerfGH*, Entsch. v. 27. 5. 71, Vf. 24—VI—70, BVBl 1971/345—346—; *BVerfG*, Urt. v. 14. 7. 59, 2 BvF 1/58, BVerfGE 10/20—36 f.—.

Hier kann auch die gewichtige Aufgabe des Staates, das ihm eigentümliche Kulturgut zu sichern und zu schützen, genannt werden; vgl. § 29 des Ersten G. über Maßnahmen zum Schutz der Zivilbevölkerung vom 9. 10. 57, BGBl I 1696; siehe auch *Del Vecchio*, Aufgaben, S. 41 f.

¹¹⁸ Aufgaben der Strukturverbesserung auf den Gebieten der Raumordnung, Verkehrsplanung, des Landschaftsschutzes; Umweltschutz zur Reinhaltung von Luft und Wasser, zur Aufrechterhaltung und Sicherung der bedrohten natürlichen Lebensbedingungen, welche Voraussetzung sind für künftige menschliche und letztlich auch staatliche Existenz; dazu vgl. *Rupp*, Hans-Heinrich, Die verfassungsrechtliche Seite des Umweltschutzes, JZ 1971/401 f.; *Weber*, Werner, Umweltschutz im Verfassungs- und Verwaltungsrecht, DVBl 1971/806 f.

¹¹⁹ Begriff von Ernst Forsthoff 1938 geprägt in: Die Verwaltung als Leistungsträger; wieder abgedr. in Rechtsfragen der leistenden Verwaltung,

Gefahren-, Bedarfs-¹²⁰ und Fortschrittsvorsorge¹²¹ tätig werden, *wenn* und soweit¹²² er nämlich zur Erfüllung seiner Garantiefunktion die *existentiellen* Bedürfnisse des Bürgers durch Erbringung von Leistungen, Vorteilen und Wachstum befriedigt und sichert¹²³. Auf die Rechtsform des staatlichen Handelns, etwa den Einsatz obrigkeitlicher Mittel, kommt es dabei nicht an¹²⁴.

3. Das Nebeneinander von Staat und Privaten

Im Bereich der Agenden, welche für eine Erhebung zu bloßen, gewillkürten, konkurrierenden Staatsaufgaben in Betracht kommen, herrscht durchweg Koexistenz, allenfalls ein konkurrenzbetontes Nebeneinander von Staat und Kräften der Gesellschaft, also Privaten¹²⁵. Häufig tritt der Staat zu individuellen und sozialen Geschehnissen, Äußerungen

Stuttgart 1959, S. 22 (beachtenswert S. 9); zu den heute diskutierten Fragen um den Begriff „Daseinsvorsorge“ vgl. Börner, Bodo, Irrwisch Daseinsvorsorge, BVBl 1971/406 f.; auch Fischerhof, Hans, Öffentliche Versorgung mit Wasser, Gas, Elektrizität und öffentliche Verwaltung, DÖV 1957/305 f.; ders., „Daseinsvorsorge“ und wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, DÖV 1960/41 f., m. w. Nachw.; Klein, H. H., Teilnahme, S. 18; Leisner, Werbefernsehen, S. 28; ausf. u. kritisch Ossenbühl, DÖV 1971/513 f.; Rübner, Formen, S. 138 f.; Stern, Allg. Staatslehre, S. 114 f.

¹²⁰ Nach Roth, Georg, Die Gefahrenvorsorge im sozialen Rechtsstaat, Berlin 1968, S. 15; damit ist zum Ausdruck gebracht, daß sich „Daseinsvorsorge“ als soziologischer Begriff im Grunde nicht nur auf existentielle Leistungen beschränkt, vgl. Badura, DÖV 1966/624—631—; Leisner, Werbefernsehen, S. 28 f., m. w. Nachw.

¹²¹ Vgl. Stern, Allg. Staatslehre, S. 114 f., 117.

¹²² Vgl. Ossenbühl, DÖV 1971/513—516 f.—.

¹²³ Der juristische Begriff „Daseinsvorsorge“ stellt somit nicht auf eine bestimmte Rechtsform der staatlichen Verwaltungstätigkeit ab, sondern er beschreibt lediglich einen ihrer Zwecke, vgl. Badura, DÖV 1966/624—631—; damit ist diesem Begriff mangels einer treffenderen Abgrenzung zur rein fiskalischen Aktivität des Staates eine spezifische Relevanz wenigstens dann zuzubilligen, wenn er auf existentielle Bedürfnisse des einzelnen reduziert wird. Daseinsvorsorge im rechtlichen Sinn ist somit zu verstehen als der Ausdruck für das Bewußtsein des sozialen Rechtsstaates für die dem einzelnen innerhalb der modernen Gesellschaft entstehenden Existenz- und Zukunftsprobleme; vgl. Rendtorff, Trutz, Kritische Erwägungen zum Subsidiaritätsprinzip, Der Staat 1 (1962) 405—410—. Unverständlich von hier aus Börner, Bodo, Irrwisch Daseinsvorsorge, BVBl 1971/406—408—, wenn er formuliert: „so gleicht die Daseinsvorsorge einem Irrwisch: sie wischt durchs Recht und lockt zum Sumpf“(!).

¹²⁴ s. o. § 9, B. III.

¹²⁵ Wie etwa im Bereich der Armen- und Hilfsbedürftigenfürsorge zwischen dem Staat als Träger der Sozialhilfe und Privaten als Trägern der freien Wohlfahrtspflege (Innere Mission, Caritas, Arbeiterwohlfahrt); oder bei Materien des Katastrophenschutzes zwischen dem Staat (Feuerwehr, THW, Luftschutzhilfsdienst) und privaten Verbänden, wie dem Deutschen

und Bestrebungen ordnend, unterstützend, fördernd oder abwehrend hinzu¹²⁶. Mitunter wird in jenen Bereichen von Wohlfahrts- und Persönlichkeitsförderung auch mittels des Subsidiaritätsprinzips¹²⁷ ein Vorrang zugunsten Privater vindiziert. Andererseits mag der Staat versucht sein, sich den alleinigen Primat für die Wahrnehmung bestimmter Agenden zu verschaffen, also ein Verwaltungsmonopol zu begründen. In diesem Falle ist er gehalten, neben der Zulässigkeit der Verstaatlichung vorrangig die der Monopolisierung an den Grundrechten (insbesondere an Art. 12 Abs. 1 GG) zu ermitteln.

Der wesentliche Unterschied zwischen staatlicher und privater Wahrnehmung von Agenden besteht nach hergebrachter Auffassung darin, daß die Bejahung einer potentiellen Staatsaufgabe spezifische Gemeinwohlrelevanz der Materie im Sinne eines überindividuellen öffentlichen Interesses an ihrer (staatlichen) Erledigung voraussetzt. Die private Befassung mit solchen Agenden unterliegt dagegen nicht dieser Maxime¹²⁸. Sie ist im Gegenteil von der Freiwilligkeit der Übernahme und der nicht garantierten Stetigkeit der Durchführung gekennzeichnet. Aber deshalb besitzt der Staat kein allgemeines Monopol, gemeinnützige Ziele zu verfolgen¹²⁹; er hat nur andere Möglichkeiten, sie zu erreichen.

Probleme erwachsen dort, wo ein existentiell bedingtes Angewiesensein Privater auf den Staat vorliegt. Denn häufig ergibt sich, daß einzelne Bürger in existentielle Bedrängnis und Not geraten. Bei diesem Sachverhalt kann unter soziologisch-faktischen Aspekten von einer „öffentlichen Aufgabe“ gesprochen werden¹³⁰. Sobald jenes fundamentale Anliegen des Bürgers an Hilfe „von außen“ nicht genügend befriedigt wird oder werden kann, erhebt sich der Ruf nach dem Staate¹³¹. Dies leuchtet ein, als dem Staat Macht, wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und Sachmittel in ausreichendem Maße zur Verfügung stehen.

In solchen Fällen des Angewiesenseins einzelner Existenzen auf den Staat darf die herkömmliche Beschränkung staatlicher Aktivität auf eine unmittelbar überindividuelle Gemeinwohlorientiertheit nicht von

Roten Kreuz, der Johanniter-Unfallhilfe, dem Malteser-Hilfsdienst, dem Arbeiter-Samariter-Bund; vgl. auch *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971) 204 (Ls. C. 6 f.); *Vogel*, Öff. Wirtschaftseinheiten, S. 62 f.

¹²⁶ Vgl. *Jellinek*, G., Allg. Staatslehre, S. 255; s. auch o. § 6, Fn. 25 (Nr. 1—3); § 10, A. II. (am Ende).

¹²⁷ s. u. § 19, B. II. 2. b.

¹²⁸ Für bestimmte Sachberichte a. A. *Häberle*, Öff. Interesse, S. 48 f., 81 f.

¹²⁹ Vgl. *Köttgen*, Arnold, Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt, VVDStRL 6 (1929) 105—141 (Fn. 54) —.

¹³⁰ s. o. § 10.

¹³¹ Vgl. *Klein*, H. H., Teilnahme, S. 17 ff.; *Ossenbühl*, DÖV 1971/513—516 f. —.

Ausschlag sein¹³². Vielmehr besitzt der Bürger unter dem Gesichtspunkt einseitiger Erforderlichkeit staatlichen Wirkens¹³³ in solchen Fällen aus Art. 1 Abs. 1 S. 2 mit Art. 2 Abs. 1 GG einen Rechtsanspruch auf Eingreifen des Staates¹³⁴, welcher dadurch wiederum gehindert wird, das öffentliche Recht abzubauen. Selbst das Wohl des einzelnen (als Gliedes der Allgemeinheit) kann es mithin erfordern, daß der Staat über seine Verantwortung für sachgerechte Kontrolle der freien Wohlfahrtspflege hinaus bei Versagen aller „anderen“ im Sinne einer zu ergreifenden Staatsaufgabe zum Einspringen verpflichtet ist. Insofern darf diesem Tätigwerden ein Interesse der staatsbürgerlichen Gesamtheit (als des Inbegriffs aller denkbaren Hilfebedürftigen) attestiert werden und von Gemeinwohlorientiertheit solcher Staatsaktivität die Rede sein.

C. Ergebnis

Bei der Betrachtung der Aktivitäten eines konkreten Gemeinwesens mag unterstellt werden, daß die vom Staat wahrgenommenen Agenden im formell-rechtlichen Sinne zulässige staatliche Aufgaben verkörpern. Im Zweifel ist die Zulässigkeit der staatlichen Befassung zu überprüfen. Für die Ermittlung der Verfassungsmäßigkeit einer Aufgabenzuweisung an öffentlich-rechtliche Körperschaften bedeutet das ein Dreifaches:

- erstens ist nach der materiellen Ausgestaltung der betreffenden Körperschaft des öffentlichen Rechts, also nach ihrer funktionellen Einbeziehung in den staatlichen Organisations- und Kompetenzbereich zu fragen¹³⁵;

¹³² So aber *Peters*, Aufgaben, S. 879, 880.

¹³³ s. o. § 9, B. III. und oben, 2.

¹³⁴ Vgl. *Bachof*, VVDStRL 12 (1954) 37—42—; *Benda*, Herrschaft, S. 72; *Dürig*, JZ 1953/193—198—; *Maunz-Dürig-Herzog*, GG, Art. 1 I, Rn. 33; Art. 2 II, Rn. 26 f.; *Forsthoff*, Verwaltungsrecht, S. 68; *Hamann-Lenz*, GG, Einf. ID 2; *Hamann*, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 46; *Hesse*, Rechtsstaat, S. 80; *Nipperdey*, Grundrechte, Bd. II, S. 5 f., 23; *Vogel*, Öff. Wirtschaftseinheiten, S. 62; *Walter*, Wilhelm, Die sozioethische Definition der Demokratie, Freiburg/Schweiz, 1962, S. 44, 108 f.; *Wintrich*, Problematik, S. 13;

A. A.: *BVerfG*, Beschl. v. 19.12.51, 1 BvR 220/51, BVerfGE 1/97—104—, wonach Art. 1 GG nicht den „Schutz vor materieller Not, sondern Schutz gegen Angriffe auf die Menschenwürde durch andere ...“ meint; bzgl. Art. 2 Abs. 1 GG sinngemäß ebenso *BVerwG*, Urt. v. 28.9.60, V CB 209/59, BVerwGE 11/133—135—; zust. *Zippelius*, EvStLex, Sp. 1504—1507—; krit.: *Wertenbruch*, Wilhelm, Sozialhilfeanspruch und Sozialstaatlichkeit, in: Festgabe für Günther Küchenhoff, Göttingen 1967, S. 343—346 f. (356)—.

¹³⁵ Zur diesbezüglichen rechtsdogmatischen Differenzierung der Körperschaften des öffentlichen Rechts gleich anschließend.

- bejahendenfalls muß auf Grund der Zugehörigkeit dieser Körperschaft zum Staat die Zulässigkeit der Verstaatlichung der von ihr wahrgenommenen Aufgaben nachgewiesen werden¹³⁶;
- ergeben sich in dieser Hinsicht keine Bedenken, so ist schließlich die Zulässigkeit der Erledigung jener Aufgaben außerhalb der unmittelbaren Staatsverwaltung zu untersuchen¹³⁷.

¹³⁶ Dazu § 19, B. II. 2., auch § 16, B. II.

¹³⁷ Dazu § 15 und § 16, B. I.

Viertes Kapitel

Rechtsdogmatische Differenzierung der (Personal-) Körperschaften des öffentlichen Rechts

Überblick

Nach den bisherigen Ausführungen zu den vielfältigen Erscheinungen und maßgeblichen Kriterien einer rechtsdogmatischen Analyse der öffentlich-rechtlichen (Personal-) Körperschaften ist es nunmehr möglich, die beabsichtigte juristische Differenzierung jener Gebilde vorzunehmen. Es sei wiederholt, daß dieses Unterfangen um der erwünschten Allgemeingültigkeit und Trennschärfe willen vorerst keine Verengung des Blickwinkels auf Zwangsverbände zuläßt.

Vielmehr ist generell vom Sozialsubstrat der Körperschaften auszugehen. Als *Differenzierungsstadium* tritt die Zeitspanne nach der Überleitung in eine „öffentlich-rechtliche“ Organisation, also nach der formalen Statusverleihung, auf. *Differenzierungsmerkmale* bilden — wie dargelegt — die etwaige Ausstattung der Körperschaft mit Hoheitsgewalt und die davon berührte Qualifizierung ihrer Agenden als „staatliche“ bzw. „nichtstaatliche“, „öffentliche Aufgaben“.

Anhand dieser Kriterien werden zwei Arten von Körperschaften des öffentlichen Rechts zu betrachten sein: zunächst geht es um solche Gebilde, die unter materiell-funktionellen Gesichtspunkten dem Kompetenz- und Funktionsbereich des Staates ein- oder angegliedert sind, die öffentlich-rechtlichen Körperschaften im *materiellen* Sinn (§ 11). Ihre nähere Darstellung beruht auf den unterschiedlichen Entstehungsmodalitäten des Sozialsubstrates, nämlich der „Ausgliederung“ aus unmittelbar staatlicher Verwaltung (A.) und der „Neuaufnahme“ durch den Staat (B.). Ferner bedingen die Kontroversen zur Abgrenzung zwischen „mittelbarer Staatsverwaltung“ und „Selbstverwaltung“ eine nähere Stellungnahme (C.).

Daneben verdient jene zweite Kategorie der Körperschaften des öffentlichen Rechts angesprochen zu werden, welchen lediglich der formale öffentlich-rechtliche Status, nicht aber eine materiell-funktionelle Zugehörigkeit zum Staat eignet: die öffentlich-rechtlichen Körperschaften im (nur) *formellen* Sinn (§ 12).

§ 11 Körperschaften des öffentlichen Rechts im materiellen Sinn

A. Ausgliederung aus unmittelbar staatlicher Verwaltung

Gedenkt der Staat, auf eine bislang in unmittelbarer Verwaltung praktizierte Wahrnehmung bestimmter Sachbereiche zu verzichten, so stehen ihm für dieses Vorhaben zwei Möglichkeiten offen: einmal ist zu denken an den in der Praxis nur selten auftretenden Fall absoluter Entlassung der jeweiligen Materie aus staatlichem Zugriff, einen Vorgang, der sich als „Reprivatisierung“ bzw. „Supranationalisierung“ bezeichnen läßt; zum zweiten handelt es sich um die weit eher anzutreffende Ausgliederung eines Sach- und Aufgabenkomplexes auf unterstaatliche Verwaltungsträger. Diesem letzteren Geschehen sei hier Aufmerksamkeit gewidmet.

I. Rechtliche Analyse

Im Wege sogenannter „Dezentralisierung“¹ erfolgt eine organisatorisch erkennbare Kompetenzabspaltung aus dem unmittelbar staatlichen Funktionszusammenhang zugunsten bestehender oder neu gebildeter unterstaatlicher Verwaltungsträger². Falls es sich dabei um eine Körperschaft handelt, wird die Herkunft ihrer Kompetenzen und Aufgaben aus unmittelbar staatlicher Sphäre deutlich sichtbar. Denn diese Gebilde unterscheiden sich nach ihrer materiellen Substanz nicht von der des unmittelbaren Staatsapparates. Das ihnen durch Ausgliederung zugrunde gelegte (oder hinzugefügte) ehemals unmittelbar staatliche Substrat hat keine qualitative Veränderung erfahren.

In der Organisierung solcher Erscheinungen als Körperschaft des öffentlichen Rechts findet der dem Staat eigene institutionell öffentlich-rechtliche Status ebenso seine Fortsetzung, wie die Verfügungsmacht über Hoheitsgewalt weitergereicht und damit erhalten geblieben ist. Dementsprechend sind — die Zulässigkeit der Verstaatlichung voraus-

¹ Zu diesem Begriff vgl. Peters, Hans, Zentralisation und Dezentralisation, Berlin 1928; Uhlitz, Otto, Dekonzentration und Dezentralisation oder abhängige und unabhängige Dezentralisation, in Gedächtnisschrift für Hans Peters, Berlin, Heidelberg 1967, S. 248 f.

² Vgl. Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 409, 452; Köttgen, VerwArch 44 (1939) 20 f., 85; Martens, Öffentlich, S. 120; Obermayer, Verwaltungsrecht, S. 134; Salzwedel, VVDStRL 22 (1965) 222; Scheuner, DÖV 1952/609—611—; ders., Öff. Körperschaften, S. 802, 807, 815; Weber, W., HdSW Bd. V, S. 450 f.; ders., HdSW Bd. VI, S. 40; Wolff, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. II, § 77 I b (S. 95), § 84 II b (S. 164); Zippelius, Allg. Staatslehre, S. 211 f.; zur Ausgliederungspraxis des nationalsozialistischen Staates: Weber, W., JJB 8 (1967/68) 144 f.

gesetzt — auch die übertragenen bzw. zugewiesenen Aufgaben als „staatliche“ zu qualifizieren³: diese Folgerung stützt sich auf die Möglichkeit des Einsatzes von Hoheitsgewalt, über welche allein im Wege staatsorganschäftlicher Aufgabenwahrnehmung verfügt wird.

II. Beispiel

Folgt man dem gesetzlichen Wortlaut, in § 2 Abs. 1 AFG, so kann als Beispiel für derartige Fälle auf die als Körperschaft des öffentlichen Rechts titulierte „Bundesanstalt für Arbeit“⁴ verwiesen werden. Die Zweifel an der rechtlichen Haltbarkeit dieser Qualifizierung seien mit dem Hinweis auf die mitgliedschaftliche Organisation dieses Gebildes im Bereich der Arbeitslosenversicherung ausgeräumt⁵. Damit ist die Bundesanstalt für Arbeit heranziehbar als Beispiel einer Dezentralisierung im Wege der Bildung öffentlich-rechtlicher Körperschaften.

Nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges oblagen die Aufgaben der Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung im Anschluß an die ehemalige Reichsarbeitsverwaltung provisorisch den einzelnen Ländern. Sie wurden von ihnen nach wie vor in unmittelbar staatlicher Wahrnehmung erledigt⁶. Zur Ausgliederung dieser Agenden auf eine neue juristische Person des öffentlichen Rechts kam es mit dem „Gesetz über die Errichtung einer Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung“⁷. In sachlicher Übereinstimmung mit dem ehemaligen § 2 Abs. 1 dieses Gesetzes bestimmt der heute maßgebliche § 189 AFG⁸: „Die Bundesanstalt ist eine rechtsfähige Körperschaft mit Selbstverwaltung“ (Abs. 1 S. 1). Sie „gliedert sich in die Hauptstelle, die Landesarbeitsämter und die Arbeitsämter“ (Abs. 2).

Im allgemeinen spricht man bei den im Wege der Dezentralisierung geschaffenen Körperschaften des öffentlichen Rechts von Gliedern der mittelbaren Staatsverwaltung. Die letztere Aussage in § 189 Abs. 1 S. 1 AFG verweist jedoch auf die umstrittenen Fragen zum Verhältnis zwischen mittelbarer Staats- und Selbstverwaltung. Dazu sei in späterem Zusammenhang Stellung genommen⁹. Vorher bedarf die Ausgliederung unmittelbar staatlicher Wirkungskreise auf unterstaatliche Verwaltungsträger noch einer rechtspolitischen Beleuchtung.

³ Vgl. Peters, Aufgaben, S. 893.

⁴ Informativ Pirkel, Fritz, Die Aufgaben der Bundesanstalt für Arbeit im Rahmen der allgemeinen Staatsverwaltung, BVBl 1970/1 ff.

⁵ Vgl. Köttgen, JÖR 3 (1954) 67—74, 131—; Drewes, Günter, Die Gewerkschaften in der Verwaltungsordnung, Heidelberg 1958, S. 31 f., 34; a. A.: Wolff, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. II, § 98 I (S. 323), § 100 I (S. 352).

⁶ Die bereits durch das Gesetz für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung vom 16. 7. 1927 geschaffene Reichsanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung war im Dritten Reich in unmittelbar staatliche Führung genommen worden.

⁷ V. 10. 3. 52, BGBl I 123; § 1 lautete: „Träger der Arbeitsvermittlung, der Berufsberatung und der Arbeitslosenversicherung ist die Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung. Sie führt auch die Arbeitslosenfürsorge durch ...“

⁸ V. 25. 6. 69, BGBl I 852.

⁹ s. u. unter C.

III. Rechtspolitisches

Einer Dezentralisierung können im wesentlichen zwei Ursachen zugrunde liegen. Einmal mag ein einseitig freier Willensentschluß des Staates dafür verantwortlich zeichnen. Zum anderen kann sich die Ausgliederung — insbesondere unter den Aspekten liberaler Rechtsstaatlichkeit — auch als Resultat des politischen Kampfes zwischen Staat und Gesellschaft erweisen. Heute sind an diese Stelle von Pluralismus und Gruppenegoismus gesteuerte allgemeine zentrifugale Tendenzen getreten¹⁰.

Gerühmt werden an den Dezentralisierung insbesondere die zugleich bewirkte Nähe und Übersichtlichkeit der Exekutive, welche das Vertrauen des Bürgers in den Staat fördere, und durch Zusammenarbeit und Teilhabe gesteigerte Rationalität verspreche. Diese positiven Erscheinungen sind nicht von der Hand zu weisen. Damit dürfen jedoch die Nachteile, welche jener Praxis innewohnen, nicht übersehen werden. Denn ein solches Verfahren kann ebenso zu einem unrationellen und sich selbst chaotisierenden Verwaltungsstaat „bester“ Parkinsonscher Prägung¹¹ führen. Totale Zergliederung und groteske Unübersichtlichkeit schaffen bei den Bürgern Frustrationen statt Bejahung des Staates. Die Nähe der Verwaltung vermag sich als vortreffliches Stimulans für Ämterpatronage und selbstsüchtige Klüngelwirtschaft zu entpuppen. Angezeigten objektiven Sachentscheidungen droht mehr denn zuvor die Gefahr, durch unsachgemäße Interesseneinflüsse vereitelt zu werden¹².

B. Neuaufnahme durch den Staat

I. Rechtliche Analyse

Die zweite Grundstruktur von Körperschaften im materiellen Sinn beruht auf einem bislang nicht staatlichen Substrat¹³: sei es, daß dieses

¹⁰ Vgl. *Erler*, Selbstverwaltung, S. 28; *Forsthoff*, Öff. Körperschaft, S. 22 f.; ders., Verwaltungsrecht, S. 452; *Mikat*, Grundrechte, Bd. IV/1, S. 159; *Preuß*, Begriff des Öffentlichen, S. 129; *Salzwedel*, VVDStRL 22 (1965) 222; *Weber*, W., JJB 8 (1967/68) 137—154—; ders., HdSW Bd. V, S. 450 f.; ders., HdSW Bd. VI, S. 40.

¹¹ Vgl. *Parkinson*, C. Northcote, Parkinsons Gesetz und andere Untersuchungen über die Verwaltung, Boston 1957; deutsche Ausgabe Stuttgart 1958; zur Frage, ob Parkinsons Abhandlung Ernsthaftigkeit oder parodistische Absichten zu unterstellen sind: *Ule*, Carl Hermann, Parkinsons Gesetz und die deutsche Verwaltung, Berlin 1960.

¹² Zu den Bedenken gegen die Dezentralisierung vgl. statt mancher *Bischoff*, Friedrich, Neue rechtstechnische Gestaltungsmöglichkeiten im Bereich der unmittelbaren Staatsverwaltung, AöR 81 (1956) 54—81 ff.—; *Peters*, Lehrbuch, S. 47 f.; *Weber*, W., Staats- und Selbstverwaltung, S. 29 f.; *Zipelius*, Allg. Staatslehre, S. 212.

schon mit eigenen, selbstgestellten Aufgaben als Privatrechtssubjekt bestanden hatte, oder daß der Staat überhaupt erst einen mitglied-schaftlichen Verband schuf und diesem vormals nicht staatliche Auf-gaben zuwies.

Abgesehen von der Übereinstimmung des formalen öffentlich-recht-lichen Status all dieser Gebilde, erfolgt ihre Neuaufnahme durch den Staat innerhalb einer gewissen Bandbreite materiell-funktionaler Ge-staltungen, wie sie mit den juristischen Lehrbegriffen „mittelbare Staatsverwaltung“ und „Selbstverwaltung“ umschrieben werden. Ge-meinsam eignet den unter dieser Sparte zu subsumierenden Erschei-nungen jedenfalls eine spezifische Beziehung zur öffentlichen Hand, zum Staat: sie verfügen über öffentliche Gewalt, also Hoheitsbefugnis.

Noch anzuschneiden sein wird hierzu die Kontroverse, ob dieses Imperium stets wesensgemäß staatlicher Herkunft ist, oder auch un-abhängiger, vorstaatlicher Qualität sein kann¹⁴. Denn von der Beant-wortung dieser Frage wird es unter anderem abhängen, ob die Neuauf-nahme von Sozial- und Aufgabenbereichen in eine Körperschaft des öffentlichen Rechts erst für eine logische Sekunde zur unmittelbaren „Verstaatlichung“ und daran anknüpfend zur Ausgliederung im oben dargelegten Sinne führt, oder ob dieser Weg das Substrat direkt von der außerstaatlichen Sphäre in eine dem Staat eventuell nicht identische körperschaftliche Hoheitssphäre leitet. Hier ist zur Ermittlung der Zu-lässigkeitsvoraussetzungen für die jeweilige Verbandsaktivität eine deutliche Entscheidung unumgänglich. Trotz der Brisanz jener zwischen den Begriffen „mittelbare Staats-“ und „Selbstverwaltung“ ausgetra-genen und noch zu klärenden Probleme mögen vorher zwei Beispiele die zum Bereich der „Neuaufnahme“ zählenden Körperschaftsbildungen veranschaulichen.

II. Beispiele

1. Zum ersten sei als typischer Fall der Neuaufnahme eines bereits be-stehenden privatrechtlichen Substrates durch den Staat der „*Bundesverband für den Selbstschutz*“ (BVS) erwähnt¹⁵. Diese bundesunmittelbare Körper-schaft des öffentlichen Rechts beruht im Grunde auf einem im Jahre 1951

¹³ Vgl. Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 51; Forsthoff, Verwaltungs-recht, S. 409, 453; Köttgen, VerwArch 44 (1939) 20 f. (Fn. 15 b); Martens, Öffentlich, S. 120; Mikat, Grundrechte, Bd. IV/1, S. 159; Preuß, Begriff des Öffentlichen, S. 128; Reuß, Grundrechte, Bd. III/1, S. 105; Scheuner, DÖV 1952/609—611—; ders., Öff. Körperschaft, S. 802, 807, 815; Scholz, Gemeindl. öff. Einrichtungen, S. 120; Weber, W., HdSW Bd. V, S. 451; ders., HdSW Bd. VI, S. 40; Wolff, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. II, § 84 II b (S. 164).

¹⁴ s. u. unter C.

¹⁵ Vgl. auch ehemalige privatrechtlich organisierte Industrie- und Han-delskammern, die gem. § 9 IHKG nicht nur äußerlich öffentlich-rechtliche Form, sondern auch die Qualität von Körperschaften im materiellen Sinn

erstandenen privatrechtlichen Verein namens „Bundesluftschutzverband“ (BLSV), dessen Aufgaben von ihr im wesentlichen übernommen wurden.

Die Benennung beider Organisationen weist ihren Interessengegenstand als solchen des Bevölkerungsschutzes aus. In einer Zeit schonungsloser Erstreckung kriegereischer Auseinandersetzungen auf die Zivilbevölkerung zählen Luft- und Zivilschutz zur Landesverteidigung.

Eine unmittelbar staatliche Wahrnehmung oder auch nur staatliche Zuweisung solcher Agenden an unterstaatliche Verwaltungsträger war jedoch in der Bundesrepublik solange unzulässig, als die Landesverteidigung von den potentiellen Staatsaufgaben ausgeschlossen war¹⁶. Nach Aufhebung der entsprechenden Kontrollratsgesetze¹⁷ kam immerhin eine über die theoretisierende Betätigung Privater hinausgehende staatliche Wahrnehmung derartiger Materien in Betracht. Aber erst seit der Einführung der Wehrverfassung in das Grundgesetz¹⁸ befaßte sich der Staat auch zulässigerweise und tatsächlich¹⁹ mit Materien des Zivilschutzes.

An Stelle des privatrechtlichen Sozialsubstrates „Bundesluftschutzverband“ wurde parallel mit der Neuaufnahme des Zivilschutzes in den Kreis der Staatsaufgaben eine gleichnamige öffentlich-rechtliche Körperschaft zur Wahrnehmung bestimmter Einzelaufgaben ins Leben gerufen²⁰. Sie trägt heute die Bezeichnung „Bundesverband für den Selbstschutz“²¹. Trotz gewisser Veränderungen und auch politisch bedingter Umstrukturierungen finden sich in den Aufgaben dieser Körperschaft heute noch etliche des ehemaligen Vereins.

Indem der BVS auf dem Gebiet der staatlichen Öffentlichkeitsarbeit für den Zivilschutz tätig ist und Gemeinden, Landkreise, Behörden und Betriebe

erhielten; ebenso die Umwandlung privatrechtlicher Vereinigungen in öffentl.-rechtl. Wasser- und Bodenverbände gem. § 151 der Ersten WasserverbandVO v. 3. 9. 37 (RGBl I 933).

¹⁶ Aus den Kontrollratsgesetzen Nr. 23 v. 10. 4. 46 (ABIKR S. 136) und Nr. 34 v. 20. 8. 46 (ABIKR S. 172) wurde auch das Verbot von Luftschutzmaßnahmen abgeleitet. Die nur theoretisierende Beschäftigung Privater mit Wesen und Grundlagen des Zivilschutzes war davon nicht betroffen.

¹⁷ G. Nr. 23 dch. Art. I des G. der Alliierten Hohen Kommission v. 5. 5. 55 (ABIAHK S. 3271); G. Nr. 34 schon dch. G. Nr. 16 d. All. Hoh. Komm. v. 16. 12. 49 (ABIAHK S. 72).

¹⁸ Der Einspruch der Alliierten Hohen Kommission (Entsch. Nr. 29 v. 25. 3. 54 und Nr. 32 v. 22. 10. 54, ABIAHK S. 2864 und 3112) gegen die Neufassung des Art. 73 Nr. 1 GG (Regelung der Verteidigungszuständigkeit zugunsten des Bundes, G. zur Ergänzung des GG v. 26. 3. 54, BGBl I 45) war schließlich mit der Ratifizierung der Pariser Vereinbarung und deren Inkrafttreten am 5. 5. 55 aufgehoben worden (BGBl II 628). Die verfassungsmäßige Verankerung der Wehrhoheit des Bundes und der Weg für die weitere Wehrgesetzgebung wurden geschaffen durch das G. zur Ergänzung des GG v. 19. 3. 56, BGBl I 111 (u. a. neu: Art. 17 a GG, 87 b GG).

¹⁹ Zu diesen Erfordernissen für den Rechtsbegriff der Staatsaufgabe s. o. § 10, B. I. 2.

²⁰ Auf Grundlage des Art. 87 b Abs. 2 GG: 1. G. über Maßnahmen zum Schutz der Zivilbevölkerung v. 9. 10. 57, BGBl I 1696. § 31: Mitglieder des BLSV können sein der Bund, die Länder und die kommunalen Spitzenverbände; vgl. Köttgen, JÖR 11 (1962) 280, 287, 291.

²¹ Vgl. § 49 des G. über den Selbstschutz der Zivilbevölkerung v. 9. 9. 65 (BGBl I 1240) und neuestens § 11 des G. über die Erweiterung des Katastrophenschutzes v. 9. 7. 68 (BGBl I 776).

bei der Selbstschutzausbildung zu unterstützen hat²², ist seine Teilhabe an der Wahrnehmung von Staatsaufgaben offenkundig. Damit verfügt diese Körperschaft notwendig auch über Hoheitskompetenzen, ohne daß im Einzelfall obrigkeitliche Mittel angewendet werden müßten²³.

2. Im Gegensatz zur Neuaufnahme eines bereits bestehenden privatrechtlichen Gebildes verkörpern *Arbeitnehmerkammern* ein anschauliches Beispiel für die Schaffung und Ausstattung eines bislang nicht existierenden Sozialsubstrates durch den Staat. Sie haben sich auf Grund der Beimessung des öffentlich-rechtlichen Status und der Betrauung mit einer bestimmten Aufgabenstellung schon zu Beginn dieser Abhandlung als Körperschaften des öffentlichen Rechts erwiesen²⁴.

Die den Arbeitnehmerkammern übertragenen Hoheitsbefugnisse äußern sich augenfällig in der Realisierung von Pflichtzugehörigkeit und Zwangsbeiträgen. Insoweit sind diese Körperschaften unter materiellen Gesichtspunkten mit dem Kompetenz- und Funktionsbereich des Staates zu identifizieren. Ihre Aufgaben können damit auch als „staatliche“ angesprochen werden, ohne daß durch diese Unterstellung allerdings das der späteren Begutachtung vorbehaltene endgültige Urteil über die Zulässigkeit der konkreten Agendenverstaatlichung vorweggenommen sein soll.

III. Rechtspolitisches

Die rechtspolitischen Aspekte, welche bei der Neuaufnahme und körperschaftlichen Formierung von Materien durch das Gemeinwesen interessieren, enthüllen zunächst unterschiedliche Organisationsmotive. Im Vordergrund steht die Absicht des Massenstaates, Sozialbereiche zu ordnen und zu disziplinieren. Ihre zusätzliche Bindung an den Staat verdeutlicht die dabei herrschende Zentralisierungstendenz²⁵. Andererseits erfolgt die Neuaufnahme mitunter auch zum Vorteil der Betroffenen, indem eine dem unmittelbaren Staat als Partner gegenüber- bzw. hinzutretende Solidar- und Interessengemeinschaft von Bürgern geschaffen und mit hoheitlichen Kompetenzen ausgestattet wird²⁶.

Während die Ordnung von Sozialbereichen unter den Gesichtspunkten eines Wohlfahrtsstaates und der geschilderten Rationalitätsgründe begrüßenswert sein mag, beruhen die Positiva der Gruppenbildung

²² Siehe § 11 KatSG, wie vor.

²³ s. o. § 9, B. III.

²⁴ s. o. § 3, A. IV.

²⁵ Vgl. Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 452; Köttgen, VerwArch 44 (1939) 48 f. („Leitungsverbände“); Preuß, Begriff des Öffentlichen, S. 128; Scheuner, DÖV 1952/609—611—; Weber, W., HdSW Bd. V, S. 450 f.; ders., HdSW Bd. VI, S. 40 f.

²⁶ Erler, Selbstverwaltung, S. 28 f.; Martens, Öffentlich, S. 120 (terminologisch abweichend); Preuß, wie vor; Reuß, Grundrechte Bd. III/1, S. 104 f.; Scheuner, Öff. Körperschaften, S. 802; Salzwedel, VVDStRL 22 (1965) 222.

primär in ihren Ausgleichsfunktionen sowohl interner Art als zwischen bürokratisch-hoheitlichen Staatsbelangen und gesellschaftlichen Partikularinteressen²⁷.

Aber auch solche Neuaufnahme- und Ordnungsvorgänge verdienen sorgsame Beobachtung. Die Bedenken gegen eine ständig fortschreitende Auswucherung des Verwaltungsapparates gelten selbst hier. Weiter sei daran erinnert, daß Disziplinierungs- und Zentralisierungstendenzen häufig restaurativen politischen Strömungen dienten. So sah sich der Militär- und Beamtenstaat des 19. Jahrhunderts veranlaßt, die „gefährliche“ Dynamik gesellschaftlicher Entwicklungen durch Anbindung präventiv geschaffener Organisationen an den Staatsapparat zu steuern²⁸. Ferner braucht der Totalisierungszweck von Leitungsverbänden im nationalsozialistischen Staat gewiß nicht im einzelnen unter Beweis gestellt zu werden.

So besteht auch heute Anlaß zur Befürchtung, daß der politische Disziplinierungseffekt einer Ordnung von Sozialbereichen mit Argumenten der Sozialstaatlichkeit nicht nur entschärft, sondern auch verschleiert wird. Schließlich formiert und begünstigt eine permanent ausgebaute korporative Gliederung des Staats- und Gesellschaftslebens die organisatorische Plattform für und damit die schleichende Annäherung an den verfassungswidrigen Ständestaat²⁹.

²⁷ Vgl. *Preuß, Begriff des Öffentlichen*, S. 128; *Schindler, Ernst, Vom Wesen der Staatsverwaltung*, DÖV 1950/481—485—.

²⁸ Vgl. die Äußerungen des Reichstagsabgeordneten Moufang zur „Zweckmäßigkeit“ öffentlich-rechtlicher Arbeitnehmervertretungen im Jahre 1876, s. o. § 1, Fn. 13, 14.

²⁹ Damit ist nicht der „ältere“, auf Klerus, Adel und Patriziern beruhende Ständestaat des 13. bis 17. Jahrhunderts gemeint, sondern der Staat, welchen berufsständische Verfassungsbewegungen in der neueren Zeit propagierten. Sie lehnen die „Formaldemokratie“ ab und setzen sich unter Bekämpfung des allgemeinen Wahlrechts und des damit verbundenen Parteien- und Parlamentswesens für eine auf der Basis berufsständischer Körperschaften errichtete Staatsordnung ein.

Gemäßigte Modelle sehen neben den parlamentarisch-demokratischen Einrichtungen besondere Verfassungsorgane berufsständischer Art vor, die nicht nur für die Angelegenheiten einzelner Berufsgruppen, sondern zugleich als zweite oder weitere Kammer für allgemeine politische Aufgaben zuständig sein sollen (vgl. etwa den in der Weimarer Reichsverfassung projektierten Reichswirtschaftsrat und Reichsarbeiterrat, Art. 165 WV, dazu s. o. § 1, A. II. 1.).

Zum ständisch gegliederten Staat: *Herrfahrdt, Heinrich, Das Problem der berufsständischen Vertretung von der französischen Revolution bis zur Gegenwart*, Stuttgart und Berlin 1921; *Spann, Otmar, Der wahre Staat*, Leipzig 1921; *Suhr, Otto, Die berufsständische Verfassungsbewegung in Deutschland bis zur Revolution 1848*, Diss. Leipzig 1923; *Tatarin-Tarnheyden, Berufsstände*, S. 99 f. u. passim;

Zur Kritik vgl. aus der neueren Literatur statt vieler *Kaiser, Repräsentation*, S. 54 f., 324 f.; *Krüger, H., Allg. Staatslehre*, S. 382 f., 642 f.; *v. Nell-Breuning, Oswald, Stw. Ständischer Gesellschaftsaufbau*, HdSW Bd. X, S. 6 ff. (m. umfangreichen Literaturangaben).

C. Mittelbare Staatsverwaltung und Selbstverwaltung

Überblick

Die Beziehung zwischen Körperschaften des öffentlichen Rechts, welche im Wege der Ausgliederung oder Neuaufnahme geschaffen wurden, und dem Funktionsbereich des Staates ist kontrovers. Sie wird diskutiert anhand der Begriffe „mittelbare Staatsverwaltung“ und „Selbstverwaltung“.

Die dabei erwachsenden Rechtsfragen seien zunächst in einer Schilderung der Auffassungen zum Verhältnis beider Termini angedeutet (I.). Sodann veranlaßt das hier verfolgte Teilziel der Gesamtuntersuchung, nämlich die rechtsdogmatische Differenzierung der Körperschaften, eine Würdigung des materiell-funktionalen Verhältnisses zwischen Staats- und Selbstverwaltung (II.). Als Fazit wird sich am Ende ergeben, daß Dezentralisierung und Neuaufnahme mit Hoheitsbefugnissen ausgestatteter Substrate zur Einbeziehung der jeweiligen Körperschaft in den organisationsrechtlichen Bereich der mittelbaren Staatsverwaltung führen, wo die übertragenen Aufgaben u. a. in Selbstverwaltungsform ihre Erledigung zu finden vermögen (III.).

I. Lehren zur Abgrenzung der Begriffe mittelbare Staatsverwaltung und Selbstverwaltung

Mittelbare Staats- und Selbstverwaltung werden einesteils als sich gegenüberstehende und eingeprägte materielle Funktionsbereiche des Staatsapparates verstanden. Andernteils begreift man die Selbstverwaltung lediglich als spezifische Erscheinungsform eines komplexen Organisationsbereiches des Titels „mittelbare Staatsverwaltung“. Vorwegzunehmen ist, daß bei diesen Kontroversen unter „Selbstverwaltung“ ausschließlich jener Begriff im rechtlichen Sinne³⁰ verstanden wird.

³⁰ Davon zu unterscheiden ist die Selbstverwaltung im politischen Sinn, welche auf den Freiherrn *von Stein* zurückgeht. Er übertrug die Willensbildung in den Städten der durch die Stadtverordnetenversammlung repräsentierten Bürgerschaft (§§ 69–139 preuß. Städteordnung v. 19. 11. 1808); umfassend *Schwab*, Dieter, Die Selbstverwaltungsidee des Freiherrn von Stein und ihre geistigen Grundlagen, Frankfurt/Main 1971. Unter dem Aspekt der Entschärfung des polemischen Dualismus zwischen Staat und Gesellschaft wurde diese Erscheinung der Mitwirkung von Laien an der Verwaltung bald als „politische Selbstverwaltung“ angesprochen (*Rudolf von Gneist* im Anschluß an das englische „self-government“ in Berliner Zustände, 1849, S. 29 f., zit. nach *Becker*, Grundrechte, Bd. IV/2, S. 675).

Mit der Entwicklung der modernen Fachbürokratie erwuchs neben der politischen das Phänomen der rechtlichen Selbstverwaltung. Sie wurde propagiert insbesondere von *Lorenz von Stein* (Die Verwaltungslehre T. 1,

1. Der These einer begrifflichen Gegenüberstellung der Funktionsbereiche mittelbare Staats- und Selbstverwaltung³¹ liegt als Charakteristikum und Abgrenzungsmerkmal die Beziehung des jeweiligen Verwaltungsträgers zu den anstehenden Agenden zugrunde.

Danach äußert sich das Kriterium der Selbstverwaltung darin, daß der Staat einem Verwaltungsträger die Erfüllung bestimmter Aufgaben als „eigener“ (Selbstverwaltungsangelegenheiten) konzidiert. Eine öffentlich-rechtliche Körperschaft ist bei ihrer Aktivität in jenem Bereich nur der staatlichen Rechtsaufsicht unterworfen. Diese erstreckt sich um der Eigenverantwortlichkeit des Selbstverwaltungsträgers willen lediglich auf die Kontrolle der Rechtmäßigkeit getroffener Maßnahmen, nicht dagegen auf ihre Zweckmäßigkeit³².

Demgegenüber wird vom Funktionsbereich der mittelbaren Staatsverwaltung dort gesprochen, wo nicht unmittelbar staatliche Verwaltungsträger vom Staat übertragene Aufgaben (Auftragsangelegenheiten) unter staatlicher Rechts- und Zweckmäßigkeitskontrolle (Fachaufsicht) wahrnehmen.

2. Die gegenteilige Meinung³³ unterstellt jede nicht unmittelbare staatliche Verwaltung dem Organisationsbereich „mittelbare Staats-

Abt. 2, 2. Aufl., Stuttgart 1869, Neudruck Aalen 1962, S. 110 ff.), von Gierke (Genossenschaftsrecht, S. 5, 759) und folgend Preuß, H., Drews und anderen. Ausführlich zur Geschichte der Selbstverwaltungs begriffe: Heffter, Heinrich, Die Deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert, Stuttgart 1950; auch Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 412 f.; Salzwedel, VVDStRL 22 (1965) 227 f.; von Unruh, Georg, Christoph, Selbstverwaltung als staatsbürgerliches Recht, DÖV 1972/16; im Ergebnis ist der politische vom rechtlichen Selbstverwaltungs begriff überholt, vgl. Bullinger, VVDStRL 22 (1965) 281; Peters, Grenzen, S. 19; Forsthoff, aaO, S. 439 f.; Wolff, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. II, § 84 IV a (S. 170).

³¹ Vgl. Becker, Grundrechte Bd. IV/2, S. 700 f. (aber: S. 698!); ders., Staatslexikon Bd. VII, Sp. 690; Bettermann, Karl August, Urteilsanmerkung, JZ 1958/163 f.; Gönnenwein, Otto, Zu einigen Fragen des heutigen Gemeinde rechts, AöR 81 (1956) 214—222—; Huber, E. R., Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd. I, S. 110 f.; Martens, Öffentlich, S. 120 f. (mit allerdings unzureichender Differenzierung, s. u. § 12, Fn. 6); Obermayer, Verwaltungsakt, S. 142 f., 146; ders., Verwaltungsrecht, S. 132; Peters, Aufgaben, S. 893; ders., Lehrbuch, S. 285 f., 287; Reuß, Grundrechte, Bd. III/1, S. 103 f.; Salzwedel, Kommunalrecht, S. 220; ders. VVDStRL 22 (1965) 222 f., 260 f., 348 f.; Wolff, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. II, § 84 IV (S. 170 f.), § 85 I (S. 175 f.).

³² Statt vieler vgl. Obermayer, Verwaltungsrecht, S. 132.

³³ Vgl. Huber, E. R., Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 535 f.; Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 436 f., 444 f., 455 f.; Frick, Heinrich, Die Staatsaufsicht über die kommunalen Sparkassen, Berlin 1962, S. 37; Hohrmann, Organisation, S. 30; Jecht, Anstalt, S. 32 ff.; Köttgen, VerwArch 44 (1939) 15, 20 f., 43, 91 f.; ders., HdSW Bd. IX, S. 220, 225; Mayer, O., Verwaltungsrecht, Bd. II, S. 322 f., 329; Nawiaskey-Leusser-Schweiger-Zacher, BV, Art. 55, Rn. 13 (S. 16); Scheuner, DÖV 1952/609—611—; Steiner, JuS 1969/69—71—; Thieme, Subsidiarität, S. 25; Vossieg, Zwangsmitgliedschaft, S. 45; Weber, W., Körperschaften, S. 10 f.; ders., HdSW Bd. V, S. 450 f.; ders., HdSW Bd. VI, S. 41; ders., JJB 8 (1967/68) 144 f., 154 f.

verwaltung“, sofern dem jeweiligen unterstaatlichen Träger Hoheitsbefugnisse eignen und er damit als Subjekt staatlicher Verwaltung auch an der Wahrnehmung von Staatsaufgaben partizipiert.

In der Zugehörigkeit eines Gebildes zu diesem Organisationsbereich konstituiert sich die staatliche Aufsicht über sein Verwaltungsgebaren. Je nach den auszuübenden Funktionen unterscheidet man bestimmte Abstufungen der Überwachungsintensität, deren eine im Falle der Selbstverwaltung als Rechtsaufsicht konzipiert ist.

II. Verhältnis zwischen Staats- und Selbstverwaltung unter materiell-funktionellen Aspekten

1. Fragestellungen zur Selbstverwaltung

Der Rahmen dieser Abhandlung läßt keinen Raum, um die divergierenden Auffassungen zum Verhältnis von (mittelbarer) Staats- und Selbstverwaltung unter sämtlichen in der Literatur erörterten Gesichtspunkten zu würdigen und gegeneinander abzuwägen. Angezeigt ist jedoch eine auf das Anliegen der hiesigen Untersuchung zugeschnittene Stellungnahme.

Dafür können die zwischen beiden Theorien strittigen Fragen auf jene Merkmale reduziert werden, welche zum Zwecke einer rechtsdogmatischen Differenzierung der Körperschaften des öffentlichen Rechts herausgearbeitet worden sind. Läßt man den öffentlich-rechtlichen Status demnach als unbehelflich beiseite, so verbleiben als solche Kriterien die von der Ausstattung mit Hoheitsgewalt abhängige Einbeziehung des körperschaftlichen Substrates in den staatlichen Funktionszusammenhang und die damit verknüpfte Teilhabe an der Wahrnehmung von Staatsaufgaben.

Der Klärung bedarf bei diesen Vorzeichen die Frage nach der rechtlichen Natur des Phänomens „Selbstverwaltung“ und seines funktionellen Verhältnisses zum Staat. Während nämlich der materielle Begriff „mittelbare Staatsverwaltung“ durchweg mit der hoheitsbewehrten Erledigung staatlicher Aufgaben durch unterstaatliche Verwaltungsträger beschrieben wird, soll demgegenüber der Komplementärbegriff Selbstverwaltung den Funktionsbereich kennzeichnen, in welchem „originäre vorstaatliche“ und „eigene nichtstaatliche“ Aufgaben des jeweiligen Gebildes ihrer Wahrnehmung harren.

Für die angestrebte Fixierung öffentlich-rechtlicher Körperschaften im materiellen Sinn ist es ersichtlich von Bedeutung, ob bei der terminologischen Trias „unmittelbare Staatsverwaltung — mittelbare

Staatsverwaltung — Selbstverwaltung“ die im Einzelfall vorliegende körperschaftliche Selbstverwaltung unter funktionalen Gesichtspunkten staatliche Verwaltung staatlicher Aufgaben oder ein nichtstaatliches aliud verkörpert. Außerdem hängt von der Beantwortung dieser Frage die Ausgestaltung der staatlichen Einwirkungs- und/oder Aufsichtsbefugnisse und die Ermittlung der spezifischen Zulässigkeitsvoraussetzungen für die jeweilige Aufgabenbefassung ab.

Die Meinungen zu diesen Problemen sind geteilt. Aber die unterschiedlichen Auffassungen decken sich nicht mit den divergierenden Thesen zum Verhältnis zwischen mittelbarer Staats- und Selbstverwaltung. Insbesondere die Befürworter einer Trennung beider Erscheinungen in eigengesetzliche Funktionsbereiche überwerfen sich an den Alternativen staatlicher oder nichtstaatlicher Rechtsnatur von Selbstverwaltungsangelegenheiten und -befugnissen. Dabei bekennen sich Vertreter der letzteren Meinung mit ihrer Darstellung einer staatsunabhängigen Hoheitssphäre der Selbstverwaltung zu weitreichenden verfassungsrechtlichen Konsequenzen: der Staat wird bei ihnen der delikaten Konstruktion eines ähnlich privilegierten, aber vergleichsweise nicht ebenso in Pflicht genommenen selbständigen Macht-Tranbanten konfrontiert.

2. „Originäre, vorstaatliche“ Aufgaben und Befugnisse der Selbstverwaltungsträger?

Zunächst ist zu ermitteln, ob die sogenannten Selbstverwaltungsagenden dem jeweiligen Wahrnehmungssubjekt als vorstaatliche Aufgaben „originär“ bzw. „von Natur aus“ zustehen³⁴.

Die Theorie von den ursprünglichen Aufgaben eines Verwaltungsträgers stammt aus dem *Gemeinderecht*³⁵ und wird sinngemäß auf die anderen Selbstverwaltungskörperschaften erstreckt³⁶. Danach sind die Gemeinden vorstaatliche, natürliche Gebilde³⁷, denen ein geschichtlich gewachsener Bestand ursprünglicher, eigener Selbstverwaltungsaufgaben angefallen und vorbehalten ist³⁸. Ihre Heranziehung zur Exeku-

³⁴ So von Gierke, Genossenschaftsrecht, S. 743 ff.; zur übereinstimmenden älteren Literatur vgl. Nachweise bei Becker, Selbstverwaltung, S. 118, Fn. 5; ebenso Huber, E. R., Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd. I, S. 110; ders., Verw Arch 37 (1932) 301 f.; ders., Selbstverwaltung, S. 40; Linckelmann, DÖV 1955/652—685, 687 f.—.

³⁵ Zur früheren Diskussion vgl. Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 441, Fn. 4.

³⁶ Vgl. Huber, E. R., Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 110.

³⁷ Vgl. Nachweise bei Peters, Grenzen, S. 21 f. (Fn. 3).

³⁸ Vgl. Linckelmann, DÖV 1955/652—687—; Zuhorn, Gemeindeverfassung, S. 44 f.; Rhld.-Pf. VerfGH, Urt. v. 10. 12. 47, o. Aktz. u. Veröff., jedoch Besprechung bei Henrichs, Wilhelm, Die Rechtsprechung zur Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung in Deutschland, DVBl 1954/728—734 f.—.

tivtätigkeit durch den Staat wird als Anerkennung dieses vorgegebenen, den Verfassungen zu entnehmenden³⁹ Rechts auf Selbstverwaltung erachtet. So bezeichne Art. 11 Abs. 2 S. 1 BV (und folgend Art. 1 S. 1 BayGO) die Gemeinden als „ursprüngliche Gebietskörperschaften“⁴⁰. Desgleichen bringe Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG das natürliche Recht der Gemeinden auf staatsunabhängige Selbstverwaltung zum Ausdruck⁴¹.

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Die Gemeinden der heutigen Zeit sind durch staatlichen Akt zum Teil erst gegründet, zum Teil in ihrem Bestand sanktioniert worden. Sie unterliegen zudem ausnahmslos staatlichen Änderungs- und Aufhebungsvorschriften⁴². Auch vermögen in den gegenwärtigen Verfassungen auftauchende Wendungen wie „ursprüngliche Gebietskörperschaften“ nachträglich keine originären Verwaltungsagenden der Gemeinden zu schaffen. Solche waren spätestens untergegangen, als der absolutistische Staat alle Hoheitsgewalt⁴³ und die entsprechenden Materien an sich genommen hatte.

Mag zwischenzeitlich im Wege der politischen Selbstverwaltung⁴⁴ auch eine Absonderung der Gemeinden aus dem staatlichen Bereich erwogen worden sein, so sind sie im demokratischen Gemeinwesen des Grundgesetzes doch voll in den Staat integriert. Denn das Volk hat diesem mit der Verfassung die Verfügung über alle Hoheit und die Macht eingeräumt, selbst ursprünglich gewachsene, aber zwischenzeitlich verstaatlichte Aufgaben- und Sozialbereiche in seiner Sphäre zurückzubehalten. Daher stellt die „Ursprünglichkeit“ der Gemeinden im Sinne von Länderverfassungen und Gemeindeordnungen allenfalls eine politische Aussage dar⁴⁵. Sie besitzt jedoch keine rechtsdogmatische Bedeutung.

Schließlich kann auch aus Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG nicht entnommen werden, daß es sich bei dem dort genannten „Recht der Selbstverwaltung“ um eine ursprüngliche, staatsunabhängige Position handle. Viel-

³⁹ Vgl. *Becker*, Selbstverwaltung, S. 119 f.

⁴⁰ Vgl. auch die einschlägigen Aussagen in den Gemeindeordnungen, z. B. Art. 1 S. 1 BayGO.

⁴¹ Vgl. *Zuhorn*, Gemeindeverfassung, S. 45.

⁴² Vgl. *Nawiasky*, Bayer. Verfassung, Art. 11, Rn. 4; siehe insbesondere Art. 11 Abs. 1 S. 3, Abs. 2 BayGO.

⁴³ Dazu *Dennert*, Jürgen, Ursprung und Begriff der Souveränität, Stuttgart 1964, S. 56 f., 99 ff.; ausf. *von Gierke*, Otto, Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien, 4. Aufl., Breslau 1929, S. 285 ff., 293 ff.; *Henke*, Wilhelm, Das subjektive öffentliche Recht, Tübingen 1968, S. 9, 11 f.; *Mayer*, O., Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 38 f.

⁴⁴ s. o. Fn. 30.

⁴⁵ Vgl. *Köttgen*, Gemeinde, S. 27; *Obermayer*, Kommunalrecht, S. 321; *Werner*, Fritz, Kommunale Selbstverwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl 1952/549—550 f.—.

mehr ist davon auszugehen, daß diese Verfassungsnorm kein neues Recht schaffen, sondern an den bestehenden Zustand anknüpfen wollte. Denn es wird ausdrücklich von einem Selbstverwaltungsrecht „im Rahmen“ bzw. „nach Maßgabe der Gesetze“ gesprochen.

Damit ist die staatsabhängige Situation der gemeindlichen Selbstverwaltung nachdrücklich hervorgehoben. Den Gemeinden kommt unter rechtlichen Aspekten weder ursprüngliche, vorstaatliche Existenz zu, noch bilden sie dem Staat gegenüber unabhängige Rechtsträger. Vielmehr stellen sie sich als inkorporierte Teile des gegliederten Staatskomplexes dar. Die Gemeinden besitzen folglich auch keine „originären“, ausschließlich und a priori ihnen zustehenden Aufgaben, sondern ihre Funktionen sind im Grunde staatlicher Herkunft⁴⁶.

Dieses Ergebnis verbietet es, den sonstigen Selbstverwaltungskörperschaften in Anlehnung an eine fiktive Rechtslage der Gemeinden vorstaatliche Kompetenzen zuzusprechen. Unabhängig davon, ob sie schon vor dem Staat bestanden haben⁴⁷ oder erst von diesem geschaffen sein mögen, verdanken sie ihre rechtliche Präsenz doch allein staatlichem Willensentschluß⁴⁸.

3. „Eigene, nichtstaatliche“ Aufgaben und Befugnisse der Selbstverwaltungsträger?

Der Erörterung bedarf ferner die Frage, ob es — wenn schon nicht, originäre, so doch — „eigene, nichtstaatliche“ Aufgaben und Befugnisse der Selbstverwaltungsträger gibt⁴⁹. Denn der Begriff „eigen“ ist nicht allein in Identität mit „originär eigen“ zu verstehen. Er umfaßt auch die Agenden, welche der Selbstverwaltung kontinuierlich als wesensgemäße zuwachsen, im Gegensatz zu denjenigen, welche vom Staat darüber hinaus aufgetragen werden können⁵⁰.

⁴⁶ Vgl. Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 19 III, Rn. 38; Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 444; Fröhler, Staatsaufsicht, S. 6 f.; Fuß, Ernst-Werner, Grundrechtsgeltung für Hoheitsträger, DVBl 1958/739—741—; Jellinek, G., Allg. Staatslehre, S. 642 f.; Jellinek, W., Verwaltungsrecht, S. 529 f.; Köttgen, Gemeinde, S. 15; Mikat, Grundrechte Bd. IV/1, S. 159 f.; Nawiaskey, Bayer. Verfassung, Art. 11, Rn. 4; Peters, Lehrbuch, S. 307, Fn. 5; Scheuner, DÖV 1952/609—611—; Vossieg, Zwangsmitgliedschaft, S. 46; Werner, Fritz, Kommunale Selbstverwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl 1952/549—551—; Wolff, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. I, § 4 I b (S. 25 f.).

⁴⁷ Etwa die Deich- und Siegelnossenschaften an der Nordseeküste, welche die Urform der wasserwirtschaftlichen Körperschaften in Deutschland darstellen; dazu vgl. Linckelmann, DÖV 1955/652—653 f.—.

⁴⁸ Zur Notwendigkeit eines staatlichen Schöpfungs- bzw. Sanktionierungsaktes s. o. § 3, A. II. 2. und § 14.

⁴⁹ So Henke, VVDStRL 28 (1969) 163 f.; Martens, Öffentlich, S. 120; Salzwedel, Kommunalrecht, S. 220; ders., VVDStRL 22 (1965) 222 f.

⁵⁰ Vgl. Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 445, Fn. 2.

Solche eigenen, nichtstaatlichen Agenden (und Rechtspositionen) sollen nicht nur bei Gebilden von faktisch vorstaatlicher Provenienz, sondern selbst dann in Betracht kommen, wenn der Staat das Selbstverwaltungssubstrat im Wege der Dezentralisierung oder insbesondere der Neuaufnahme erst geschaffen hat. Denn dieser Vorgang müsse nicht notwendig zur funktionalen Identifizierung mit dem Staate führen. Vielmehr könne ein aus der unmittelbaren Staatlichkeit entlassenes und insbesondere ein neugebildetes Sozialsustrat anstatt einer solchen materiellen Beziehung zum Staat den formalen öffentlich-rechtlichen Status auch nur für die künftige Erledigung seiner eigenen, nichtstaatlichen Selbstverwaltungsbelange erhalten haben⁴⁹.

Diese Situation mag grundsätzlich denkbar sein⁵¹. Sie läßt sich aber nicht unter den staats- und verfassungsrechtlichen Begriff „Selbstverwaltung“ subsumieren, denn diese setzt als Kategorie der öffentlichen Verwaltung die Ausstattung der Administrativorgane mit Hoheitskompetenzen voraus⁵².

Der moderne Staat hat die öffentliche Verwaltung verfassungsrechtlich „monopolisiert“. Er verkörpert das eigentliche und einheitliche Zuordnungsobjekt für jede Innehabung und Ausübung hoheitlicher Gewalt⁵³. Als solches hat er primär seine Aufgaben in unmittelbarer Weise zu erledigen⁵⁴. Grundsatz ist folglich die unmittelbare Staatsverwaltung. Die Wahrnehmung staatlicher Angelegenheiten in mittelbarer Staats- und Selbstverwaltung stellt daher — wenn auch häufig praktiziert — nicht die Regel, sondern eine von Fall zu Fall unterschiedlich gewachsene und motivierte Ausnahme dar.

Wenn der Staat als alleiniger Inhaber ursprünglicher Macht seine Angelegenheiten im Wege der Dezentralisierung von Selbstverwaltungsträgern wahrnehmen läßt und ihnen zu diesem Zweck Hoheitskompe-

⁵¹ Ausf. dazu s. u. § 12.

⁵² Wenn dagegen Private ihre individuellen Angelegenheiten „selbst verwalten“, so ist bei ihnen im Gegensatz zur Selbstverwaltung im rechtlichen Sinne eine Verfügung über Hoheitsbefugnisse natürlich illusorisch. Gesellschaftliche Selbstverwaltung von politischen Parteien, Religionsgemeinschaften, Gewerkschaften und Wohlfahrtsverbänden (dazu s. o. § 6, A. III. 3. b.; vgl. auch Kötting, HdSW Bd. IX, S. 222 f.) kann daher nur eine außerstaatliche Kategorie sein, welche sich nicht nach den Kriterien des öffentlichen Rechts (dazu s. o. § 9, B. III.) verwirklicht; vgl. auch Rinke, Das Öffentliche, S. 94 ff..

Zum andersartigen und wenig glücklichen Verständnis einer „gesellschaftlichen Selbstverwaltung“ bei Salzwedel, VVDStRL 22 (1965) 222 s. u. § 12, Fn. 8.

⁵³ Vgl. Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 444, 455 f.; Huber, E. R., VerwArch 37 (1932) 321; Jellinek, G., System, S. 287; ders. Allg. Staatslehre, S. 180; Jesch, DÖV 1960/739—740—; Krüger, H., Allg. Staatslehre, S. 873 f.; Merk, Verwaltungsrecht, S. 18, 375; Peters, Grenzen, S. 54; ders., Lehrbuch, S. 101 f.; Redeker, JZ 1954/625—626—; Weber, W., Körperschaften, S. 10 f.

⁵⁴ Vgl. Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 404.

tenzen delegiert, so werden jene Befugnisse dadurch in ihrer Substanz nicht verändert. Das gleiche gilt für Selbstverwaltungskörperschaften, die im Wege der Neuaufnahme geschaffen wurden. Auch ihre Kompetenzen sind unter dem Gesichtspunkt der Einzigkeit der Staatsgewalt⁵⁵ auf den Staat zurückzuführen. Indem nämlich der Staat die Belange dieser Gebilde zu formellen Selbstverwaltungsaufgaben erhebt und das zugehörige Sozialsubstrat für ihre Wahrnehmung mit Hoheitsgewalt ausstattet — über die es von Hause aus nicht verfügt —, werden Agenden und Träger im materiell-funktionellen Sinne in den staatlichen Kompetenz- und Funktionsbereich einbezogen. Die Verleihung des öffentlich-rechtlichen Status unterstreicht die zugleich institutionelle Aufnahme der betroffenen Körperschaft in den staatlichen Organisationszusammenhang.

Selbstverwaltung stellt sich somit dar als eine Kategorie, in welcher durch Erledigung staatlicher Aufgaben abgeleitete staatliche Hoheitsgewalt realisiert wird⁵⁶. Auf der einen Seite besagt diese Definition, daß Selbstverwaltung im rechtlichen Sinn ein potentielles Verwalteterwerden der Aufgaben unmittelbar durch den Staat zuläßt. Andererseits hindert sie nicht, solche Angelegenheiten als den Selbstverwaltungsträgern „eigene“ zu bezeichnen⁵⁷. Denn auch derivativ erworbene oder zugestandene Kompetenzen sind eigene Kompetenzen.

Staats- und Selbstverwaltung bilden also nur getrennte Größen einer funktionellen Einheit⁵⁸. Ausmaß und Modalitäten dieser Unterscheidung werden in Zusammenhang mit dem Begriff der mittelbaren Staatsverwaltung noch eingehend zu erörtern sein. Jedenfalls verbietet das gewonnene Ergebnis, die Aufgaben der Selbstverwaltung wegen etwaiger Vorstaatlichkeit oder Angestammtheit unbedarft als „nicht-

⁵⁵ Vgl. Krüger, H., Allg. Staatslehre, S. 874.

⁵⁶ Vgl. Becker, Selbstverwaltung, S. 119 f.; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 19 III, Rn. 37; Erler, Selbstverwaltung, S. 28 f.; Forsthoff, Öff. Körperschaft, S. 3; ders., Verwaltungsrecht, S. 444; Fröhler, Ludwig, Landesgesetzliche Beschränkungen der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, BVBl 1956/135—136—; Fuß, Ernst-Werner, Grundrechtsgeltung für Hoheits-träger, DVBl 1958/739—741—; Grund, DVBl 1969/481—483—; Jellinek, G., Allg. Staatslehre, S. 552, 642 f.; Jesch, DÖV 1960/739—740—; Kirdorf, DÖV 1953/50—53—; Köttgen, HdSW Bd. IX, S. 223; Krüger, H., Allg. Staatslehre, S. 873 f.; Mikat, Grundrechte, Bd. IV/1, S. 159 f.; Peters, Grenzen, S. 60, 186 f.; ders., Lehrbuch, S. 101; ders., Aufgaben, S. 894; Redeker, JZ 1954/625—626—; Scheuner, DÖV 1952/609—611—; Nawiaskey-Leusser-Schweiger-Zacher, BV, Art. 55, Rn. 13 (S. 16); Vossieg, Zwangsmitgliedschaft, S. 45, 47; Wolff, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. I, § 4 III (S. 29), Bd. II, § 74 II b (S. 53).

⁵⁷ Ausf. Voßkuhler, Rudolf, Eigene und fremde Angelegenheiten der Träger öffentlicher Verwaltung, Diss. Münster 1969.

⁵⁸ Vgl. Forsthoff, Öff. Körperschaft, S. 11 (Fn. 2); ders., Verwaltungsrecht, S. 441 f.; Fröhler, Staatsaufsicht, S. 12; Fuß, wie vor, Fn. 1; Merk, Verwaltungsrecht, S. 384, 420; Werner, Fritz, Kommunale Selbstverwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl 1952/550 f.

staatliche“ oder „staatsfremde“⁵⁹ zu benennen und sie zur Kennzeichnung dieser Sonderung gar mit dem rechtlich irrelevanten Attribut „öffentlich“ zu verbrämen⁶⁰.

III. Selbstverwaltung als Spielart mittelbarer Staatsverwaltung

1. Differenzierung der Begriffe mittelbare Staats- und Selbstverwaltung

Die Maxime der Staatsbezogenheit aller öffentlichen Verwaltung hat erwiesen, daß auch Selbstverwaltung im Grunde über Hoheitsgewalt verfügende staatliche Exekutive darstellt. Es werden dabei staatliche Angelegenheiten außerhalb der unmittelbaren Staatsverwaltung erledigt. Das gleiche ist der Fall, wenn man in dieser Hinsicht den Begriff mittelbare Staatsverwaltung beleuchtet. Auch ihr eignet als staatlicher Verwaltung die spezifische Beziehung zu Hoheitsgewalt und Erledigung von Staatsaufgaben.

Trotz dieser gemeinsamen Merkmale von mittelbarer Staats- und Selbstverwaltung nimmt die Literatur zu Recht an, daß beide Termini nicht identisch sind. Allerdings sollte ihre Unterscheidung in einander gegenüberstehende materielle Funktionsbereiche⁶¹ aufgegeben werden. Denn diese Trennung nach Aufgaben führt in der Praxis doch wieder zu gegenseitiger Verknüpfung. Wo man nämlich einem Träger von Selbstverwaltungsmaterien auch übertragene staatliche Auftragsangelegenheiten zuspricht, treffen sich beide Funktionsbereiche in einem und demselben Verwaltungssubjekt⁶².

Darüber hinaus ist die jener Unterscheidung zugrunde liegende Aufspaltung der Funktionen eines Verwaltungsträgers⁶³ in solche des eigenen und des übertragenen Wirkungskreises nahezu überholt. Unter den Bundesländern, deren Verwaltungsrecht jene Aufteilung überhaupt

⁵⁹ Zur Terminologie s. o. § 10, B. I. 4. b. und c.

⁶⁰ So aber besonders deutlich Henke, VVDStRL 28 (1969) 163 f., 167 f.; Martens, Öffentlich, S. 120; Salzwedel, Kommunalrecht, S. 220; ders., VVDStRL 22 (1965) 222 f.; zur rechtlichen Irrelevanz des Ausdrucks „öffentliche Aufgabe“ s. o. § 6, A. IV.

Zur Wahrnehmung nichtstaatlicher, faktisch-soziologisch „öffentlicher Aufgaben“ durch Körperschaften des öffentlichen Rechts außerhalb der staats- und verfassungsrechtlichen „Selbstverwaltung“, ausf. s. u. § 12.

⁶¹ s. o. unter I. 1.

⁶² Etwa bei den Industrie- und Handelskammern: sie nehmen Verwaltungsaufgaben auf wirtschaftlichem Gebiet wahr (Auftragsangelegenheiten) und vertreten die Interessen der gewerblichen Wirtschaft gegenüber dem Staat (Selbstverwaltungsangelegenheiten).

⁶³ Sie tritt besonders in Erscheinung bei den kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften, vgl. Huber, E. R., Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 110; Obermayer, Verwaltungsrecht, S. 131 f.

noch normiert⁶⁴, besteht beispielsweise in Bayern wegen der Kompromißformel des Art. 109 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 GO kein faktischer Unterschied mehr zwischen Fach- und Rechtsaufsicht. Nur wo im übertragenen Wirkungskreis eine bestimmte Angelegenheit aus Gründen des Wohles der Allgemeinheit oder wegen berechtigter Interessen einzelner eine Weisung *erfordert*, sind Maßnahmen der Zweckmäßigkeitssaufsicht, also Eingriffe in das gemeindliche Verwaltungsermessen, zulässig.

Ferner besitzen die den Widerspruchsbescheid betreffenden Unterschiede zwischen eigenem und übertragenem Wirkungskreis lediglich formaljuristische Bedeutung. Im übrigen kennen die Gemeindeordnungen der anderen Bundesländer, welche auf dem sogenannten Weinheimer Entwurf einer Gemeindeordnung vom Juli 1948⁶⁵ beruhen, die Trennung des gemeindlichen Aufgabenbereiches in zwei Wirkungskreise überhaupt nicht mehr.

Im Ergebnis erweist sich die dem Kommunalrecht entstammende Wirkungskreis-Differenzierung als kaum mehr relevant. Folglich kann auch der darauf gestützten funktionellen Unterscheidung zwischen mittelbarer Staats- und Selbstverwaltung nur noch geringe Tragweite zugesprochen werden⁶⁶. Insbesondere die wiederholte Berührung solcher „Funktionsbereiche“ innerhalb eines und desselben Aufgabenträgers legt es nahe, primär nach einheitlichen Rechtsgrundsätzen für dieses Verwaltungssubjekt Ausschau zu halten, bevor die Besonderheiten einzelner Agenden analysiert und eigenen Rechtskategorien unterstellt werden. Hier verspricht eine nähere Ergründung der begriffsinhaltlichen Substanz der Termini mittelbare Staatsverwaltung und Selbstverwaltung weiterzuhelfen.

Abgesehen davon, daß der juristische Terminus Selbstverwaltung die Erledigung staatlicher Belange notwendig impliziert, bringt er zudem noch eine spezifische Hinwendung auf bestimmte Modalitäten des Verwaltens zum Ausdruck. Es geht dabei nämlich um diejenige staatliche Verwaltung, welche von den *Betroffenen* durch Erledigung ihrer „eigenen“ Angelegenheiten *selbst* ausgeübt wird. Demgegenüber bezieht sich der Begriff mittelbare Staatsverwaltung vorab nicht auf eine bestimmte Spielart staatlichen Verwaltens. Vielmehr ergibt sich aus seiner logischen Gegenüberstellung zum Terminus unmittelbare

⁶⁴ So die Gemeindeordnungen von Bayern, Rheinland-Pfalz und Niedersachsen.

⁶⁵ Dazu vgl. *Dehmel*, Hans-Hermann, Übertragener Wirkungskreis, Auftragsangelegenheiten und Pflichtaufgaben nach Weisung, Berlin 1970, S. 83 f.; *Jesch*, DÖV 1960/739—741—; *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften, S. 391 f., jeweils m. zahlr. Nachw.

⁶⁶ Vgl. *Bachof*, Otto, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 22 (1965), 336; *Jesch*, DÖV 1960/739—741—.

Staatsverwaltung die ihm eigene Bezugnahme auf eine spezifische Ebene der staatlichen Verwaltungsorganisation.

Während mittelbare Staatsverwaltung als juristische Zweckschöpfung den weiteren, organisatorisch geprägten Begriff verkörpert, kennzeichnet der engere, ursprünglich politische Ausdruck Selbstverwaltung eine modal qualifizierte Erscheinungsform der staatlichen Administrationspraxis. Beide Termini besitzen folglich verschiedene Schwerpunkte und gehören unterschiedlichen Bedeutungskategorien an. So vermag von mittelbarer Staatsverwaltung die Rede zu sein, ohne daß durch diese (organisatorische) Aussage der Grad der Selbständigkeit eines Verwaltungssubjekts oder des Staatseinflusses auf sein Verwaltungsgebaren präjudiziert wäre⁶⁷.

Die funktionale Trennung unterstaatlicher Administration in mittelbare Staats- und Selbstverwaltung setzt sich damit nicht nur dem Vorwurf obsoletter Ausgangsbasis, sondern auch mangelnder Kommensurabilität dieser Termini aus. Somit empfiehlt es sich, von jener Gegenüberstellung abzugehen und beide Begriffe der juristischen Terminologie nach ihrem sprachlichen und historischen Sinngehalt unverfälscht zugrunde zu legen.

Wo folglich nicht unmittelbare staatliche Rechtssubjekte mit Hoheitsgewalt ausgestattet sind und damit an der Wahrnehmung von Staatsaufgaben partizipieren, ist — zunächst ohne Rücksicht auf bestimmte Verwaltungsmodalitäten — ihre Subsumtion unter den organisatorischen und wertneutralen Oberbegriff „mittelbare Staatsverwaltung“⁶⁸ geboten. Dieser technische Terminus erlaubt, für die vielfältigen Erscheinungsformen unterstaatlicher Verwaltung einheitliche institutionelle Leitprinzipien und eine anknüpfende funktionelle Auffächerung zu entwickeln.

2. Spielarten innerhalb des Organisationsbereiches „mittelbare Staatsverwaltung“

Das Verhältnis zwischen der unmittelbaren und den im Bereich der mittelbaren Staatsverwaltung angesiedelten Rechtssubjekten sieht sich vor ein weites Spektrum von Ausgestaltungsmöglichkeiten gestellt. Zwar ist die organisatorische Sonderung der mittelbaren von der unmittelbaren Administration grundsätzlich dadurch charakterisiert, daß ihre Glieder dieser nicht im Rahmen eines dienstlichen Instanzenzuges untergeben sind. Dennoch bedarf es der Errichtung einer Kontrolle der

⁶⁷ Vgl. Jesch, DÖV 1960/739—740—; Weber, W., JJB 8 (1967/68) 154 f., nicht eindeutig Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 437 f.

⁶⁸ Zu diesem Begriff vgl. die informative Kontroverse zwischen Linckelmann, DÖV 1959/561 f. und Rietdorf, DÖV 1959/671 f.

unmittelbaren Staatsverwaltung über die Gebilde der mittelbaren Staatsverwaltung, um Wahrnehmung und Richtigkeit der jenen übertragene hoheitlichen Kompetenzen zu gewährleisten und damit die Einzigkeit der Staatsgewalt aufrechtzuerhalten⁶⁹.

Das eigentliche Problem der Spielarten mittelbarer Staatsverwaltung zeigt sich folglich im Ausmaß der jeweiligen Einfluß- und Aufsichtsrechte des Staates⁷⁰. Im wesentlichen sind sie auf drei Kategorien zurückzuführen, deren eine als „Selbstverwaltung“ geläufig ist.

Der Begriff „Selbstverwaltung“ ist nach alledem als Umschreibung einer bestimmten Erledigungsweise formell staatlicher Angelegenheiten durch nicht unmittelbar staatliche Verwaltungsträger⁷¹ zu verstehen. In seiner Ausrichtung auf die Modalitäten der Verwaltungsaktivität nimmt er den Rang eines differenzierenden Unterbegriffs zum übergeordneten Organisationsbegriff „mittelbare Staatsverwaltung“ ein. Den Subjekten der mittelbaren Staatsverwaltung kann es mithin von Rechts wegen eröffnet sein, bestimmte Aufgaben im Wege der Selbstverwaltung zu erledigen: solches äußert sich in der relativ selbständigen und eigenverantwortlichen, geminderter staatlicher (Rechtmäßigkeits-)Kontrolle, nicht aber staatlicher Leitung oder Weisung unterworfenen Verwaltung (überlassener oder zugewiesener) „eigener“ Angelegenheiten durch die Betroffenen selbst⁷². Beispiele solcher Selbstverwaltung fin-

⁶⁹ Zur Notwendigkeit der Staatsaufsicht vgl. *Forsthoff*, Verwaltungsrecht, S. 444, 456 f.; *Jecht*, Anstalt, S. 23 m. w. Nachw.; *Krüger*, H., Allg. Staatslehre, S. 876; *Zippelius*, Allg. Staatslehre, S. 52 ff.; s. auch *BayVerfGH*, Entsch. v. 10. 3. 51, Vf. 192, 199—VII—49, 42, 60, 122—VII—50, VerwRSpr 3/651—657—; neuestens *Schnapp*, Friedrich E., Zum Funktionswandel der Staatsaufsicht. DVBl 1971/480 f.

⁷⁰ Zum Unterschied zwischen dienstlicher „Leitung“ und bloßer „Aufsicht“ vgl. *Forsthoff*, Verwaltungsrecht, S. 419, 445; *Peitzsch*, Wolfram, Konkursfähigkeit der öffentlich-rechtlichen Kreditanstalten in Bayern, BVBl 1971/178, 254—256—; s. auch u. § 12, C. III.; rechtshistorisch informativ *Schnapp*, wie vor.

⁷¹ Umstr. ist, ob Selbstverwaltung nur von körperschaftlich strukturierten Rechtssubjekten oder auch von anderen öffentlich-rechtlichen Gebilden — wie etwa Anstalten — praktiziert werden kann; im letzteren Sinne vgl. *Fleiner*, Institutionen, S. 100 (Fn. 3), 104; *Forsthoff*, Verwaltungsrecht, S. 444; ausf. *Jecht*, Anstalt, S. 33, 63 f., 122 f.; *Jellinek*, W., Verwaltungsrecht, S. 529 f.; *Peters*, Lehrbuch, S. 52; *Salzwedel*, VVDStRL 22 (1965) 212 m. w. Nachw.; *Scheuner*, Ulrich, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVDStRL 11 (1954) 37, Fn. 103.

a. A.: *Köttgen*, Arnold, Deutsche Verwaltung, 2. Aufl., Berlin 1937, S. 111; *Mayer*, O., Verwaltungsrecht, Bd. II, S. 394; *Preuß*, Hugo, Selbstverwaltung, Gemeinde, Staat, Souveränität, in Festgabe für Laband, Bd. II, Tübingen 1908, S. 199—204—.

⁷² Da es sich aber stets um staatliche Verwaltung handelt, sind diese „Betroffenen“ gehindert, ihrer Verwaltungstätigkeit Willkür und Belieben zugrunde zu legen. Sie haben sich vielmehr an den elementaren Maximen staatlicher Exekutive zu orientieren, wie sie etwa im Gleichbehandlungsgebot oder im Verhältnismäßigkeitsgrundsatz geläufig sind.

den sich vor allem in der Aktivität von Gemeinden, Sozialversicherungsträgern und Berufskammern.

Der Vollständigkeit halber seien auch die fernerer Spielarten mittelbarer Staatsverwaltung skizziert. Zum ersten geht es um die absolut selbständige und keiner Exekutivkontrolle unterliegende Betätigung juristischer Personen des öffentlichen Rechts, welche dem Begriff „Eigenverwaltung“⁷³ zu subsumieren ist. Einerseits wird hier keine Selbstverwaltung geübt, da sich „Betroffene“ nicht „selbst verwalten“, sondern es erfolgt Verwaltung gegenüber Dritten. Andererseits besteht allenfalls eine Aufsicht des Parlaments⁷⁴, nicht dagegen die gängige administrative Rechts- oder Zweckmäßigkeitskontrolle über das Verwaltungshandeln in solchen Angelegenheiten — oder gar ein Leitungs- und Weisungsverhältnis zwischen unmittelbarer Staatsverwaltung und dem Eigenverwaltungsträger. Ein Beispiel bildet die Aktivität der Deutschen Bundesbank⁷⁵, während die mitunter genannten Rundfunkanstalten⁷⁶ nach Art. 5 Abs. 1 GG in funktioneller Hinsicht gerade nicht zur mittelbaren Staatsverwaltung⁷⁷ bzw. zu deren Erscheinungsform der Eigenverwaltung gerechnet werden dürfen⁷⁸.

Schließlich zählen zum Bereich der mittelbaren Staatsverwaltung diejenigen Verwaltungsträger, deren Handeln als sog. „Auftragsverwaltung“ ohne Selbstverwaltungsrechte und Eigenverantwortung uneingeschränkter staat-

⁷³ Vgl. *Becker*, Selbstverwaltung, S. 117, Fn. 1; *Huber*, E. R., Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 536; *Köttgen*, HdSW Bd. IX, S. 738—739—.

⁷⁴ Vgl. *Obermayer*, Verwaltungsrecht, S. 128.

⁷⁵ Die Deutsche Bundesbank ist gem. § 12 BBankG an keinerlei Weisungen gebunden und unterliegt entgegen Art. 65 und Art. 130 Abs. 3 GG keiner Aufsichtsbehörde. Nur der Bundesgesetzgeber vermag Einfluß auf diese juristische Person des öffentlichen Rechts zu nehmen.

Vgl. *Jecht*, Anstalt, S. 93 f.; *Köttgen*, JÖR 3 (1954) 113; ders., JÖR 11 (1962) 280 f.; *Twiehaus*, Kreditinstitute, S. 100 f.; *Weber*, W., JJB 8 (1967/68) 137—160—; ausf. *Faber*, Heiko, Wirtschaftsplanung und Bundesbankautonomie, Baden-Baden 1969, S. 61 ff.

⁷⁶ Durchweg mit dem Hinweis insbesondere auf jene Rundfunkanstalten, welche — wie ehemals der Norddeutsche und gegenwärtig der Bayerische und Hessische Rundfunk — jeder exekutiven Fach- und Rechtsaufsicht entbunden sind; vgl. ABl der britischen Militärregierung 1949 Nr. 30 Art. 2; dagegen heute § 22 des Staatsvertrages über den Norddeutschen Rundfunk v. 16. 2. 55 (GVBl. Nds. S. 167); vgl. § 1 BayRundfunkG v. 10. 8. 48 (GVBl. 1948, S. 135); § 1 Abs. 1 HessRundfunkG v. 2. 10. 48. (GVBl. 1948, S. 123, 149).

⁷⁷ Zur Staatlichkeit der Rundfunkanstalten vgl. *Bethge*, Herbert, Rechtswegprobleme des öffentlich-rechtlich strukturierten Rundfunks, VerwArch 1927/152; *Haensel*, Carl, Staat und Rundfunk, DVBl 1957/446—449 f.—; ders., Fünfzig Jahre Rundfunkfreiheit und die Normstruktur der neuen Fernsehbetriebe, in *Epirrhosis*, Festgabe für Carl Schmitt, Berlin 1968, Bd. I, S. 245 f.; *Herrmann*, Günter, Die Rundfunkanstalt, AöR 90 (1965) 286 f.; *Jank*, Klaus, *Peter*, Die Verfassung der deutschen Rundfunkanstalten, DVBl 1963/44 f.; ders., Die Rundfunkanstalten der Länder und des Bundes, Berlin 1967, S. 97 f.; *Köttgen*, JÖR 3 (1954) 113; ders., JÖR 11 (1962) 283; *Krüger*, H., Allg. Staatslehre, S. 877; *Mielke*, Abgrenzung, S. 122 f.; *Ridder*, Kirche, Staat, Rundfunk, S. 32; *Weber*, H., Religionsgemeinschaften, S. 51, Fn. 30 m. w. Nachw.

BVerfG, Urt. v. 28. 2. 61, 2 BvG 1, 2/60, BVerfGE 12/205—261 f.—; Urt. v. 27. 7. 71, 2 BvF 1/68, 2 BvR 702/68, BVerfGE 31/314—322 f.—.

⁷⁸ Dazu näher s. u. § 12, Fn. 13.

licher Lenkung und Weisung unterworfen ist⁷⁹. Als Beispiele können insbesondere die vom Wirtschaftsverwaltungsrecht erfaßten öffentlich-rechtlichen Gebilde der Ernährungswirtschaft⁸⁰ genannt werden.

3. Ergebnis für Körperschaften des öffentlichen Rechts im materiellen Sinn

Die im Wege der Dezentralisierung bzw. Neuaufnahme gebildeten Körperschaften des öffentlichen Rechts, welche mit Hoheitsgewalt ausgestattet sind, zählen zum Bereich der mittelbaren Staatsverwaltung. Nachdem sie im ersteren Fall der Ausgliederung innerhalb des materiell-funktionellen Staatszusammenhangs verbleiben, im letzteren Fall der Neuaufnahme in diesen einbezogen werden, partizipieren sie an der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben. Diese können nach Maßgabe der Gesetze im Wege der Selbstverwaltung erledigt werden.

Zugleich bedarf es der Feststellung, daß der Schritt zur Neuaufnahme von Sozialbereichen in die mittelbare Staatsverwaltung für eine logische Sekunde ihre vorherige gedankliche Eingliederung in den unmittelbaren Staatszusammenhang bedingt. Erst anläßlich dieser „Verstaatlichung“ kann sich auch die Überführung der jeweiligen Materie in die mittelbare Staatsverwaltung ergeben, wobei jener Vorgang im Grunde dem der Dezentralisierung gleicht.

Damit schälen sich einmal mehr⁸¹ die verschiedenen Schranken heraus, welchen der Staat bei solchen Bewegungen unterliegen kann. Mag es in formal-organisatorischer Hinsicht bereits um die Zulässigkeit der Verleihung des öffentlich-rechtlich Status gehen⁸², so problematisiert sich das Geschehen insbesondere unter materiell-funktionellen Aspekten⁸¹, nämlich bei der Frage nach verfassungsrechtlichen Prämissen, zunächst für die Agendenverstaatlichung als solche und ferner für die Aufgabenüberlassung an die mittelbare Staatsverwaltung.

⁷⁹ Das Aufsichtsrecht ist weder in formeller, noch materieller Hinsicht beschränkt, vgl. allg. bereits *PrOVG*, Urt. v. 18.12.23, II B 27/22, *OVGE* 78/71—74 f.—; *Huber*, E. R., *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Bd. I, S. 535 f.; *Jecht*, *Anstalt*, S. 72 f.; *Köttgen*, *HkWPr*, Bd. I, S. 219; ders., *VerwArch* 44 (1939) 86.

⁸⁰ Nämlich Anstalten des öffentlichen Rechts, wie die Einfuhrstelle für Zucker (§ 8 ZuckerG v. 5.1.51, BGBl I 47); Einfuhr- und Vorratsstellen für Getreide und Futtermittel (§ 7 Getreide- u. FuttermittelG v. 24.11.51, BGBl I 900); für Fette (§ 15 Milch- u. FettG v. 10.12.52, BGBl I 811); für Schlachtvieh, Fleisch und Fleischerzeugnisse (§ 16 Vieh- u. FleischG v. 25.4.51, BGBl I 272); Stabilisierungsfonds für Wein (§ 9 WeinwirtschaftsG v. 29.8.61, BGBl I 1622); Mühlenstelle (§ 5 GetreideG v. 24.11.51, BGBl I 900).

⁸¹ Dazu m. w. Hinweisen s. o. § 10, C.

⁸² s. u. § 14 und § 16, B.

§ 12 Körperschaften des öffentlichen Rechts im nur formellen Sinn

Überblick

Obleich nicht verkannt wird, daß unter den im Rahmen dieser Abhandlung verwendeten weiten, formellen Körperschaftsbegriff¹ auch Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften im Sinne der Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 5 WRV zu subsumieren sind, muß doch davon abgesehen werden, in der künftigen Untersuchung selbst auf derartige Gebilde einzugehen. Die angestrebte dogmatische Differenzierung der öffentlich-rechtlichen Körperschaften erfolgt letztlich im Interesse einer Aufhellung und Klärung der Probleme um die Beurteilung der Pflichtzugehörigkeit bei solchen Verbänden². Da eine zwangsweise Bildung von Religionsgemeinschaften indes aus verfassungsrechtlichen Gründen (Art. 4 Abs. 1 GG) nicht in Betracht kommt, fällt der Verzicht auf die nähere Beleuchtung ihres körperschaftlichen Wesens nicht ins Gewicht.

Das Augenmerk ist jedoch auf die Beispiele von Körperschaften des öffentlichen Rechts zu erstrecken, welche weder zur mittelbaren Staatsverwaltung gehören, noch die spezifische Sonderstellung von Religionsgesellschaften einnehmen. Denn ihre Analyse verspricht besondere Argumente für die Revision der bislang am öffentlich-rechtlichen Status eines Pflichtverbandes einsetzenden und im Ergebnis unbehelflichen Abgrenzung zulässiger von unzulässigen Zwangsgliederschaften.

Was den Verlauf der weiteren Abhandlung betrifft, führt der nunmehrige Befund von Körperschaften zur Charakterisierung ihres Werdeganges als „Subventionierung eines nichtstaatlichen Sozialsubstrates“ (A.). Sodann wird diese Qualifizierung durch mehrere Beispiele zu illustrieren und zu untermauern sein (B.). Schließlich bedürfen einschlägige Rechtsprobleme, welche sich bei der Kategorie „öffentlich-rechtliche Körperschaften im nur formellen Sinn“ ergeben, der näheren Würdigung (C.).

A. „Subventionierung“ eines nichtstaatlichen Sozialsubstrates

I. Rechtliche Analyse

Der Betrachter von Körperschaften des öffentlichen Rechts im nur formellen Sinn trifft — unbeschadet der Ausklammerung von Reli-

¹ s. o. § 3, A. II. und IV.

² s. o. § 7, B.

gionsgemeinschaften — auf eine Reihe vormals privatrechtlich statuerter Gebilde, denen nunmehr öffentlich-rechtliche Organisationsform, nicht aber die Verfügung über Hoheitsgewalt eignet. Durch die bloße Verleihung dieses formalen Status ist das private Sozialsubstrat jener Körperschaften in seiner Substanz weder berührt noch verändert worden. Denn zur funktionalen Umwandlung der Rechtsnatur und zur Eingliederung in den Raum des Staatlichen wäre neben der bloßen Teilhabe am öffentlich-rechtlichen Status auch die Ausstattung des betreffenden Rechtssubjektes mit Hoheitsbefugnissen erforderlich. Allein der formale Status kann die Verfügung über materielle Hoheitsrechte im Sinne der vollziehenden Gewalt des Art. 20 Abs. 3 GG nicht bewirken³. Diese These wird im Hinblick auf die Entstehung derartiger Körperschaften ihre Bestätigung finden⁴. Da solchen Gebilden jedenfalls die Möglichkeit fehlt, hoheitlich und damit staatsorganschaftlich tätig zu werden, vermögen sie auch nicht an der Wahrnehmung von Staatsaufgaben teilzuhaben⁵.

Diese Körperschaften gehören demnach nicht zum Organisationsbereich der mittelbaren Staatsverwaltung. Auch ist es unzulässig, ihre Betätigungsweise im rechtlichen Sinne als Selbstverwaltung zu deklarieren⁶. Denn Selbstverwaltung verkörpert stets eine Spielart der staatlichen Verwaltung⁷, zu welcher die hier behandelten Gebilde mangels materiell-funktionaler Identität mit dem Staat gerade nicht zählen⁸.

³ So aber *Brohm*, Strukturen, S. 154 f.

⁴ s. u. unter C. I. (5).

⁵ Andeutungsweise ebenso *Forsthoff*, Verwaltungsrecht, S. 409; *Krüger*, H., Allg. Staatslehre, S. 759 f.; *Leisner*, Werbefernsehen, S. 14 f.; *Peters*, Aufgaben S. 878 f., 894; *Steiner*, JuS 1969/69 f.; *Waldecker*, Korporation, S. 106 f., 107 (Fn. 3); *Weber*, W., JJB 8 (1967/68) 137—141, 147, 155—; *Zacher*, Hans, Verfassungsentwicklung in Bayern 1946 bis 1964, JÖR 15 (1966) 321—385—.

⁶ So aber offensichtlich *Martens*, Öffentlich, S. 120 f. indem er die Aufgaben solcher Körperschaften unter Berufung auf *Peters* (Aufgaben S. 889) zur Selbstverwaltung zählt, obwohl *Peters* gerade diese Bereiche deutlich aus seinem 5. Stadium (s. o. § 6, Fn. 25) ausklammert (aaO S. 879, 893 f.). — Ähnlich angreifbar *Henke*, VVDStRL 28 (1970) 167: „Zwischen reinen Staatsaufgaben und rein gesellschaftlichen Aufgaben liegt eine tiefe Zone öffentlicher Aufgaben, zu deren Erfüllung die Beteiligung des Staates nicht entbehrt werden kann, ohne daß sie ganz in staatliche Verwaltung genommen werden müßten. Sie bildet den Bereich möglicher Selbstverwaltung. Er umfaßt einen breiten Fächer von Möglichkeiten zwischen den beiden Extremen reiner Staatsverwaltung und rein gesellschaftlicher Erfüllung öffentlicher Aufgaben ...“

⁷ s. o. bei § 11, C. (III).

⁸ Was *Salzwedel*, VVDStRL 22 (1965) 222 und folgend *Scholz*, Koalitionsfreiheit, S. 159 f., 245 (Fn. 82) „gesellschaftliche Selbstverwaltung“ nennen, ist in Wahrheit eine Spielart staatlicher Verwaltung innerhalb des Organisationsbereiches „mittelbare Staatsverwaltung“; andererseits hätte der Begriff „gesellschaftliche Selbstverwaltung“ in Abkehr von *Salzwedels* Definition treffend für die Aktivität der hier behandelten Körperschaften herangezogen werden können: als soziologisch-faktisches Pendant zur staats- und

Aus dieser Rechtslage resultiert ferner ihre generelle Grundrechtsfähigkeit. Schließlich verdient festgehalten zu werden, daß von jenen Gebilden getroffene Maßnahmen keine Verwaltungsakte darstellen, sondern wie entsprechende Handlungen Privater zu qualifizieren sind⁹.

Damit ist es allerdings nicht untersagt, das Handeln solcher Körperschaften unter faktischen Aspekten als „Verwaltung“ anzusprechen. Denn „Verwalten“ stellt kein ausschließliches Privileg des Staates dar, im Gegenteil: auch Privaten steht es offen, ihre Angelegenheiten nach Belieben zu verwalten. Nur sind die rechtlichen Begriffe der Staatsverwaltung sowie der mittelbaren Staats- und Selbstverwaltung weit- aus enger, als jener der Verwaltung überhaupt¹⁰.

II. Rechtspolitisches

Diese eigenartigen Erscheinungen veranlassen die Frage nach den Motiven des Staates, an Sozialgebilde des Privatrechts mitunter lediglich den formalen öffentlich-rechtlichen Status zu verleihen.

Im allgemeinen läßt sich der Grundgedanke solcher Schöpfungen mit der Absicht des Staates beschreiben, prominenten gesellschaftlichen Organisationen¹¹ durch Anerkennung, Pflege und Förderung ihrer Belange zu äußerlich hervorgehobener Stellung, zu besonderem Ansehen und gesteigerter Wirksamkeit zu verhelfen¹², ohne sie zugleich in seinen Organisations- und Kompetenzbereich einbeziehen zu wollen, zu müssen oder zu dürfen¹³. Es handelt sich folglich um eine Verleihung

verfassungsrechtlichen Selbstverwaltung; vgl. zu diesem Aspekt treffend: *Galperin*, Betrieb, 1970/346—348— („soziale Selbstverwaltung“) m. w. Nachw.; *Huber*, E. R., Selbstverwaltung, S. 42 f.; *Reuß*, Grundrechte, Bd. III/1, S. 123; im übrigen s. o. § 11, Fn. 52.

⁹ Vgl. näher *Obermayer*, Verwaltungsakt, S. 61.

¹⁰ Vgl. *Huber*, E. R., Selbstverwaltung, S. 13 ff.; *Jellinek*, G., Allg. Staatslehre, S. 623; zum Begriff „Verwaltung“ vgl. auch *Obermayer*, Verwaltungsrecht, S. 122.

¹¹ So hat der bayerische Verfassungsgeber vor die Statusverleihung an „neue“ Religions- bzw. Weltanschauungsgemeinschaften eine fünfjährige Bewährungs- und Bedenkzeit gesetzt (vgl. Art. 143 Abs. 2 S. 2 BV), wohl um Solidarität und Bestandskraft des jeweiligen Prätendenten ermitteln zu können. Diese im Ansatz bejahenswerte Vorschrift ist jedoch wegen ihres Widerspruchs zu Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 5 WV gem. Art. 31 GG ungültig (vgl. *Grundmann*, Siegfried, Staat und Kirche in Bayern, BVBl 1962/33—37— m. w. Nachw.).

¹² Zur Begründung des öffentlich-rechtlichen Status von Religionsgemeinschaften vgl. statt mancher *Hesse*, Konrad, Stw. Religionsgesellschaften, EvStLex, Sp. 1850—1852—; ders., Rechtsschutz, S. 60, 66 f.; *Smend*, ZevKR 2 (1952/53) 375 f., denen allerdings im Hinblick auf die Vindizierung materiell-werthaft „öffentlicher“ Konsequenzen nicht beigestimmt werden kann, s. o. § 6, A. III. 3.

¹³ Als öff.-rechtl. Anstalten im nur formellen Sinn müssen bei alledem die deutschen Rundfunkanstalten qualifiziert werden. Ihre öffentlichen Auf-

des öffentlich-rechtlichen Status quasi „*honoris causa*“, erfassbar als *ideell* geprägte Sonderform der gemeinhin monetär verstandenen Subventionierung nichtstaatlicher Rechtssubjekte.

III. Verfassungsmäßigkeit

Obwohl den Körperschaften im nur formellen Sinn ein öffentlich-rechtlicher Status eignet, müssen sie im Ergebnis unter materiell-funktionellen Aspekten zur Kategorie des Privaten¹⁴ gerechnet werden¹⁵.

gaben im Programmbereich dürfen gem. Art. 5 Abs. 1 GG als (notwendig) staatsfremde nicht in (mittelbar) staatlicher Verwaltung geführt werden. Somit verfügen diese Anstalten weder im herkömmlichen Sinne potentieller Zwangsausübung über öffentliche Gewalt noch bei hiesigem Verständnis einseitiger Erforderlichkeit bzw. Verbindlichkeit des Hoheitlichen (s. o. § 9, B. III). Rundfunkanstalten erweisen sich demnach in funktioneller Hinsicht als gesellschaftliche Gebilde, als Private, wobei es nicht darauf ankommt, ob sie — wie üblich — öffentl.-rechtl. oder formell privatrechtlich organisiert sind. Die Wahrung der Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG vorausgesetzt, läßt das BVerfG mit Recht selbst letztere Form zu, ohne von Beileihung zu sprechen (Urt. v. 28. 2. 61, 2 BvG 1, 2/60, BVerfGE 12/205—262—; vgl. ebenso *Scheuner*, DÖV 1971/505—510—; zur Rechtsform siehe auch *Rudolf*, *Walter*, Über die Zulässigkeit privaten Rundfunks, Frankfurt/M. 1970; *Stern*, *Klaus* — *Bethge*, *Herbert*, Öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Rundfunk, Frankfurt/M., Berlin 1971). Eine andere Frage ist es jedoch, ob eine verfassungsrechtlich *zulässige* privatrechtliche Organisationsform der Rundfunkanstalten auch politisch *sinnvoll* wäre: verspricht doch die staatliche Überwachung eines öffentlich-rechtlich verfaßten Gebildes (s. u. § 12, C. III.) die zur Wahrung ausgewogener Meinungsrepräsentation notwendige Effektivität eher zu gewährleisten, als die Kontrolle über einen Privatsender.

Bejahenswert das BVerfG (aaO, S. 206, Ls. 7, S. 243 f.) ferner, soweit es unbeschadet der Schaffung sendetechnischer Voraussetzungen durch den Staat die Veranstaltung von Rundfunksendungen selbst als (nichtstaatliche) öffentliche Aufgabe bezeichnet und wie folgt argumentiert: (Erst!) wenn sich der Staat mit dieser (öffentlichen!) Aufgabe in irgendeiner Form (zulässigerweise!) befaßt (befassen sollte!) ... wird sie zu einer „staatlichen Aufgabe“ (Ergänzungen durch den Verfasser). Unzutreffend dagegen BVerfG (aaO, und Urt. v. 27. 7. 71, 2 BvF 1/68 DÖV 1971/595—598—), wenn es den Rundfunk in der Bundesrepublik undifferenziert als „öffentlich-rechtliche Aufgabe“ der „öffentlichen Verwaltung“ umschreibt.

Wie hier: abweichende Meinung der Verfassungsrichter *Geiger*, *Rinck* und *Wand* zu BVerfG, Urt. v. 27. 7. 71 (aaO, S. 598 f.) und OLG *Frankfurt*, Urt. v. 24. 9. 70, 6 U 41/70, NJW 1971/47—48—; auch *Apelt*, *Willibalt*, Ist der Betrieb des Rundfunks im heutigen Deutschland öffentliche Verwaltung?, in *Festschrift für Nawiaski*, München 1956, S. 375—380 ff.—; teilweise übereinstimmend *Maunz*, *Theodor*, Rundfunk als öffentliche Verwaltung, BVBl 1972/169 f.; a. A.: die nahezu einhellige Meinung, s. o. § 11, Fn. 77.

¹⁴ Vgl. (durchweg nur in Andeutungen): *Altmann*, ZfPol 1955/211—218 f.—; *Forsthoff*, Öff. Körperschaft, S. 1 f., 20 f.; ders. (in revidierter Auffassung), Verwaltungsrecht, S. 409, 542 f.; *Huber*, E. R., Verträge zwischen Staat und Kirche im Deutschen Reich, Breslau 1930, S. 48; *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip, S. 156; *Jellinek*, System, S. 267 f.; *Laufke*, Staatslex., Bd. V, Sp. 50—51—; *Martens*, Öffentlich, S. 114; wohl auch *Mikat*, Kirchliche Streitsachen, S. 326; *Obermayer*, Verwaltungsakt, S. 60 f.; ders. Kommunalrecht, S. 387 f.; *Peters*,

Dort nehmen sie nichtstaatliche und staatsfremde Aufgaben wahr, welche unter soziologisch-faktischen Gesichtspunkten auch als „öffentliche“ angesprochen werden können¹⁶.

Ungeachtet sekundärer Rechtsprobleme ist jedenfalls die vorrangige Frage nach der generellen Verfassungsmäßigkeit einer solchen Spezies von Zwittergebilden zu bejahen. Bereits das von der Verfassung geduldete Phänomen des Beliehenen dokumentiert, daß zwischen äußerlicher Form und materieller Qualität von Rechtssubjekten eine notwendige Kongruenz nicht besteht¹⁷.

Ferner muß es dem Staat unbenommen bleiben, die ihm obliegende Verfügungsmacht über das Öffentlich-Rechtliche nicht nur in bloß funktioneller Hinsicht durch Schaffung Beliehener oder in funktioneller und institutioneller Hinsicht durch Bildung öffentlich-rechtlicher Körperschaften im materiellen Sinn auszuüben, sondern auch, sie in nur formeller Hinsicht durch äußerliche Subventionierung eines nichtstaatlichen Sozialsubstrates zu realisieren.

Im Ergebnis besteht kein Anlaß, die grundsätzliche Verfassungskonformität von Körperschaften des öffentlichen Rechts im nur formellen Sinn wegen der dabei auftretenden Diskrepanz zwischen Status und funktioneller Rechtsnatur in Frage zu stellen. Darüber hinaus wird jedoch nach spezifischen Prämissen für die Entstehung derartiger Gebilde auszuschauen sein. Auch ist zu vermuten, daß der Staat diese Subventionierungen nicht allein um der Etikette und Schicklichkeit willen vornimmt. Daher bedarf es schließlich einer Analyse der Kehrseite jenes formalen Geschehens: in plastischer Gegenüberstellung zu den Körperschaften materieller Qualität werden die rechtlichen Konsequenzen bloß subventionierender Statusverleihungen zu eruieren sein.

Aufgaben, S. 889 (der hierzu aaO, S. 879, 893 f.— offensichtlich auch die Berufsgenossenschaften zählt, indem er sie aus der mittelbaren Staats- und Selbstverwaltung ausklammert); *Reuß*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 89; *Sauer*, Selbstverwaltung, S. 142; *Scheuner*, Öff. Körperschaften, S. 807, 812; *Maunz*, Theodor — *Sigloch*, Heinrich — *Schmidt-Bleibtreu*, Bruno — *Klein*, Franz, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, München, Berlin 1967, § 90, Rn. 31 f. (32 a); *Nawiasky-Leusser-Schweiger-Zacher*, BV, Art. 55, Rn. 13 (S. 17); *Wolff*, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. II, § 84 II b (S. 164); aus der Rechtsprechung vgl. andeutungsweise *BVerfG*, Beschl. v. 2. 5. 67, 1 BvR 578/63, BVerfGE 21/362—374—; vorhergehend: Beschl. v. 28. 4. 65, 1 BvR 346/61, BVerfGE 19/1—5—; Beschl. v. 17. 2. 65, 1 BvR 732/64, BVerfGE 18/385—387—; Beschl. v. 20. 2. 57, 1 BvR 441/53, BVerfGE 6/257—272—; ausführlich allein: *BayVerfGH*, Entsch. v. 13. 4. 62, Vf. 107—VII—60, VerfGHE 15/22—28—.

¹⁵ Zur Variante der Beleihung einer Körperschaft im nur formellen Sinn: s. u. § 12, Fn. 114.

¹⁶ Zur Terminologie s. o. § 6, A. IV.; § 10, A. und B.

¹⁷ s. o. § 6, A. III. 3 d.

Um der weiteren Untersuchung Anschaulichkeit zu vermitteln, ist es jedoch angezeigt, vor der Behandlung dieser Punkte¹⁸ einige prägnante Beispiele von öffentlich-rechtlichen Körperschaften im nur formellen Sinn zu skizzieren.

B. Beispiele

Abgesehen von Religionsgemeinschaften finden sich Beispiele für öffentlich-rechtliche Körperschaften im nur formellen Sinn allein im Bereich des Freistaates *Bayern*¹⁹. Dagegen sind in den anderen Bundesländern wie auf der Ebene des Bundes derartige Gebilde bislang nicht nachweisbar²⁰.

I. Das Bayerische Rote Kreuz

Das Bayerische Rote Kreuz (BRK) besaß als Landesverein des Deutschen Roten Kreuzes (DRK) — im Gegensatz zu diesem und seinen sonstigen Landesverbänden — bereits ab 1921 den Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts. Im nationalsozialistischen Staat fand dieser Zustand durch die Gleichschaltung²¹ sämtlicher Untergliederungen zur rechtsfähigen Einheit²² „DRK“ sein Ende. Nach dem Zweiten Weltkrieg wurden das DRK und seine Landesverbände wieder als eingetragene Vereine gegründet²³. Lediglich das BRK erhielt durch Entschließung des Bayerischen Ministerpräsidenten vom 27. Juli 1945²⁴ den öffentlich-rechtlichen Status erneut verliehen.

¹⁸ s. u. unter C.

¹⁹ Einer eigenen Untersuchung wert sind die wohl rechtshistorischen Hintergründe dieser Tatsache: solche können etwa vermutet werden im Einfluß des französischen Rechts und seiner mannigfachen, mit dem Prädikat „public“ versehenen Erscheinungen auf die Entwicklung im Bayern des 19. Jahrhunderts.

Von einer „süddeutschen“ Besonderheit ist die Rede bei *BVerfG*, Beschl. v. 20. 2. 57, 1 BvR 441/53, *BVerfGE* 6/257—272—.

²⁰ Wenn außerhalb Bayerns öffentl.-rechtl. Körperschaften im formellen Sinn auch nicht anzutreffen sind, so gibt es in der Bundesrepublik Deutschland doch eine Zahl anderer juristischer Personen (vorwiegend Anstalten) des öffentlichen Rechts, die unter grundgesetzlichen Aspekten ebenfalls als solche im nur formellen Sinn begriffen werden müssen; dazu s. o. Fn. 13; s. u. § 16, B. II.

²¹ Vgl. Gesetz über das Deutsche Rote Kreuz v. 9. 12. 37, *RGBl* I 1330.

²² Die rechtliche Natur des DRK war umstritten; es wurde sowohl als juristische Person des Privatrechts (so die amtliche Begründung des Gesetzes, *RuStAnz* 1937 Nr. 293), wie als Körperschaft des öffentlichen Rechts (*Köttgen*, *JöR* 11 (1962) 295; *Weber*, W., *Körperschaften*, S. 53 f.) und selbst als *mixtum compositum* zwischen beiden Rechtsformen angesprochen (vgl. Nachweise bei *BayVerfGH*, *Entsch.* v. 13. 4. 62, *Vf.* 107—VII—60, *VerfGH* 15/22—26—).

²³ Vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 20. 2. 57, 1 BvR 441/53, *BVerfGE* 6/257—273—.

²⁴ Nr. „MPR 2742“; zwar besaß der Bayer. Ministerpräsident damals auf Grund des Besatzungsrechts die zur Bildung öffentlich-rechtlicher Körperschaften erforderliche Hoheitskompetenz nicht; sie wurde ihm erst mit Art. III Abs. 2 der Proklamation Nr. 2 der Amerikanischen Militärregierung

Nach allgemein anerkannter und unbestrittener Auffassung war eine Übertragung materieller Hoheitsbefugnisse²⁵ auf das BRK nicht erfolgt²⁶. Zwar mögen Aufgaben²⁷ des BRK potentiell staatliche sein; aber mangels Verfügung über materielle Hoheitsgewalt steht das BRK trotz seines öffentlich-rechtlichen Status außerhalb des funktionellen Staatszusammenhanges, so daß eine Teilhabe an der Wahrnehmung formeller Staatsaufgaben nicht in Betracht kommt.

II. Die kommunalen Spitzenverbände in Bayern

Kommunale Spitzenverbände stellen sich als Vereinigungen von Gemeinden und Landkreisen zum Zweck der Vertretung ihrer Interessen²⁸ und des Erfahrungsaustausches dar. Wie auf Bundesebene²⁹ und in den sonstigen Bundesländern beruhen auch die bayerischen Verbände auf dem Prinzip freiwilliger Zugehörigkeit. Sie sind allerdings im Gegensatz zu diesen als Körperschaften des öffentlichen Rechts organisiert, und zwar: der Bayerische Gemeindetag³⁰, der Bayerische Städteverband³¹ und der Landkreisverband Bayern³².

Diesen öffentlich-rechtlichen Körperschaften ist materielle Hoheitsgewalt nicht übertragen worden³³. Zwar soll ihre Bedeutung als Mitwirkungs- und

verliehen. Der Akt der Statusbeimessung soll jedenfalls in der Folgezeit durch Verfügungen des Bayerischen Staatsministeriums des Innern seine konstitutive Sanktionierung gefunden haben; vgl. *BayVerfGH*, aaO, S. 26. Ihre Wirksamkeit hängt jedoch davon ab, ob eine Exekutivmaßnahme für die bloße Verleihung des öffentlich-rechtlichen Status genügt; dazu s. u. unter C. I.!

²⁵ Etwa polizeilicher Art im Rettungsdienst, z. B. Platzverweis.

²⁶ *BVerfG*, wie Fn. 23, S. 272; *BayVerfGH*, wie Fn. 22, S. 28.

²⁷ *BVerfG*, wie Fn. 23, S. 270; *BayVerfGH*, wie Fn. 22, S. 27.

²⁸ Obwohl dieses Wort bei den kommunalen Spitzenverbänden verpönt ist, kann nicht verschwiegen werden, daß sie „Interessen“ vertreten, nämlich der Gemeinden und Landkreise. Mögen diese Belange auch faktisch gewichtiger sein als individuell-private Anliegen, so können sie allenfalls mit dem soziologischen Begriff „öffentlich“ umschrieben werden. Daraus dürfen aber weder Rechtsfolgen, noch eine Identität mit formell staatlichen Angelegenheiten abgeleitet werden, s. o. § 6, A. IV. und § 10, B.; zur „allgemeinen staatspolitischen Bedeutung“ der komm. Spitzenverbände: *Obermayer*, Kommunalrecht, S. 389.

²⁹ Deutscher Gemeinde-, Landkreis-, Städtetag; Deutscher Städtebund; ausf. vgl. *Ziebill*, Otto, Die kommunalen Spitzenverbände in *HkWPr*, Bd. I, S. 581 f.; ders., Bürger-Städte-Staat, Stuttgart und Köln 1963; politisch informativ *Schnell*, Stefan, Der Deutsche Städtetag, Bonn 1970.

³⁰ Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Inneren v. 11. 6. 54 (StAnz 1954, Nr. 25, S. 1).

³¹ Bek. — wie vor — v. 13. 10. 47 (StAnz 1947, Nr. 46, S. 2).

³² Bek. — wie vor — v. 26. 3. 49 (StAnz 1949, Nr. 16, S. 3) und v. 8. 4. 52 (StAnz 1952, Nr. 16; GVBl S. 152).

³³ Zur rechtsstaatlich bedingten Untermauerung dieser Tatsache, s. u. unter C. I.; vgl. auch *Obermayer*, Verwaltungsakt, S. 60; ders., Kommunalrecht, S. 388 (Fn. 151); *Helmreich*, Karl — *Widmann*, Julius, Bay. Gemeindeordnung, 3. Aufl., München 1966, Art. 1, Rn. 10; a. A.: *Goppel*, Alfons, Der Staat und die kommunalen Spitzenverbände, BayBgm 1962/151—152—.

Anhörungsberechtigte³⁴ im staatlichen Geschehen³⁵ nicht bestritten werden. Aber es bedarf doch des Widerspruchs, gegen alle mit Pathos und Eloquenz vorgebrachten Argumente und Forderungen, welche die nur formelle Körperschaftsqualität dieser Organisationen übersehen oder verhehlen, um eine (unzulässige) materiell-funktionelle Beziehung zum, ja Identität mit dem Staat zu propagieren³⁶.

III. Der Bayerische Bauernverband

Der Bayerische Bauernverband (BBV) verkörpert die freiwillige Berufsvereinigung der bayerischen Landwirtschaft, deren Interessen er auf allen Gebieten wahrzunehmen gedenkt. Bei seiner am 7. September 1945 vollzogenen Gründung benannte sich der BBV in § 5 der damaligen Satzung als „Körperschaft des öffentlichen Rechts“. Dieser zunächst rechtlich irrelevante „Status“ wurde durch Entschließung des Bayerischen Ministerpräsidenten vom 29. November 1945³⁷ sanktioniert und seitens der amerikanischen Militärregierung am 21. Dezember 1945³⁸ genehmigt.

Später erteilte die Besatzungsmacht der bayerischen Staatsregierung den nach Besatzungsrecht unanfechtbaren Befehl, jene Akte zu widerrufen³⁹. Einer dahingehenden Empfehlung des Ministerpräsidenten folgend ließ sich der BBV zur Beseitigung der Zweifel über seine Rechtsfähigkeit am 28. April 1948 als bürgerlich-rechtlicher Verein in das Vereinsregister beim Amtsgericht München eintragen⁴⁰. Seinen Forderungen nach Bestätigung oder Wiederverleihung des öffentlich-rechtlichen Status kam die Bayerische Staatsregierung mit Entschließung vom 17. Februar 1960⁴¹ nach. Diese erschöpft sich in der Aussage, daß „dem Bayerischen Bauernverband, München, die Eigenschaft einer Körperschaft des öffentlichen Rechts verliehen“ worden sei.

Für Aufgaben und Rechtsstellung des BBV ist nach wie vor § 3 der Verordnung Nr. 106³⁸ in Verbindung mit einer „Bekanntmachung über das

³⁴ Vgl. Art. 35 Nr. 10 BV; Art. 204 BayBG; Art. 35 Abs. 4 BayBesG; Art. 38 S. 4 BayDStO; vgl. auch *Helmreich-Widtmann*, aaO.

³⁵ Vgl. *Goppel*, aaO; *Helmreich-Widtmann*, aaO; *Jobst*, Heinz, Wesen, Aufgaben und Möglichkeiten der kommunalen Spitzenverbände, BayBgm 1958/122 f., 145 f.; *Seidel*, Hanns, Immer erst an die eigene Kraft denken, BayBgm 1958/149.

³⁶ Etwa mit der Forderung nach Bildung einer Landesgemeindekammer, um den Föderalismus innerhalb des Staates Bayern zu dokumentieren (vgl. *Jobst*, aaO)!! Hier wird verkannt, daß in der Bundesrepublik Deutschland nur der Bund und die Länder Staaten sind, nicht dagegen die Gemeinden. Kommunale Spitzenverbände dürfen daher an Hoheitsgewalt nicht beteiligt werden, um verfassungswidrige Tendenzen zum Staat im Staat von vornherein auszuschalten.

³⁷ BayBS Bd. IV, S. 319.

³⁸ Vom 29. 10. 46, GVBl 1947, S. 15 = BayBS Bd. IV, S. 318.

³⁹ Vgl. entsprechendes für die Zwangsmitgliedschaft bei den bremischen Arbeitnehmerkammern, s. o. § 1, A. II. 2. a.

⁴⁰ Vgl. Jubiläumsschrift „10 Jahre Bayer. Bauernverband“ München 1955, S. 51.

⁴¹ Bekanntmachung des Bayer. Staatsministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten, Nr. 6058 a 1, StAnz 1960 Nr. 9, S. 6.

Arbeitsgebiet des Bayerischen Bauernverbandes“⁴² maßgeblich, wo unter anderem festgestellt wird: „Der BBV ... ist nicht ermächtigt, irgendwelche Aufgaben behördlicher Art durchzuführen, die üblicherweise Obliegenheiten des bayerischen Staates sind“⁴³, und: „Der BBV kann im Rahmen seiner Zielsetzung weitere Aufgaben der Land- und Forstwirtschaft übernehmen, soweit diese nicht als hoheitliche Aufgaben dem Staat vorbehalten sind“⁴².“

Damit wurde hinreichend verdeutlicht, daß dem BBV trotz seines öffentlich-rechtlichen Status materielle Hoheitsbefugnisse nicht eignen und er nicht an der Wahrnehmung formeller Staatsaufgaben partizipiert. Die im Rahmen dieses Verbandes gebildete Landesbauernkammern beruht denn auch auf freiwilliger Zugehörigkeit, d.h. sie kann dem üblichen, Zwangsmitgliedschaft voraussetzenden Kammerbegriff⁴³ nicht subsumiert werden.

IV. Der Bayerische Jugendring

Der Bayerische Jugendring (BJR) bildet den Zusammenschluß der freien Jugendgemeinschaften in Bayern⁴⁴. Nach seiner Gründung im April 1947 wurde ihm durch die Bayerische Staatsregierung am 16. Januar 1948 „die Eigenschaft einer Körperschaft des öffentlichen Rechts verliehen“⁴⁵. Der BJR versteht sich⁴⁶ als Träger zweier Funktionen: einmal als (privatrechtliche) Dachorganisation der Jugendverbände, zum anderen als öffentlich-rechtliches Organ der Jugendhilfe, dem im Wege der Dezentralisierung entsprechende Staatsaufgaben zur Erledigung übertragen seien.

Da dem BJR jedoch Hoheitsbefugnisse nicht eignen⁴⁷ verdient diese Auffassung energischen Widerspruch. Denn mangels Verfügung über öffentliche Gewalt ist der BJR nicht befähigt, in staatsorganschaftlicher Weise formell staatliche Aufgaben wahrzunehmen. Diese dogmatische Folgerung erhält ihre Bestätigung im empirischen Befund jener angeblichen Staatsaufgaben: gem. Art. 15 Abs. 2 BayJAG besitzt der BJR lediglich ein Recht auf Anhörung im Verfahren über die öffentliche Anerkennung eines Jugendverbandes oder einer sonstigen Jugendgemeinschaft als staatlicherseits zu unterstützende Träger der freien Jugendhilfe im Sinne des § 9 JWG⁴⁸. Die gesetzliche Einräumung des Anhörungsrechtes aber erlaubt nicht, von staatsorganschaftlicher Teilhabe an staatlichen Aufgaben zu sprechen.

⁴² Bekanntmachung des Bayer. Staatsministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten v. 14. 2. 49, StAnz 1949 Nr. 9, S. 1 f.

⁴³ s. o. § 3, B.; vgl. auch Geschäftsordnung für die Landesbauernkammer v. 10. 11. 56, abgedr. bei *Sauer*, Selbstverwaltung, Anhang Nr. 29; vgl. ebenso *Zacher*, Hans, Verfassungsentwicklung in Bayern 1946 bis 1964, JöR 15 (1966) 321—385—; ders., Arbeitskammern, S. 40.

⁴⁴ Bestehend aus 18 Mitgliedsverbänden, wie etwa dem Christlichen Verein Junger Männer, der Kolping-Jugend, der Sozialistischen Jugend Deutschlands „Die Falken“, dem Bund Deutscher Pfadfinder, der Deutschen Jugend des Ostens, der Bayerischen Stenografenjugend u. a., mit insgesamt rund 900 000 Mitgliedern.

⁴⁵ Bekanntmachung des Bayer. Staatsministeriums für Unterricht und Kultus, KMBI 1948, S. 7 — Nr. II 934; abgedr. auch in BayBSVK Bd. I, S. 301.

⁴⁶ Laut Auskunft der Geschäftsstelle des BJR vom April 1971 an den Verfasser.

⁴⁷ Zur rechtsstaatlich bedingten Untermauerung dieser Tatsache gleich anschließend unter C. I.

⁴⁸ Vgl. § 36 Abs. 2 der Satzung des BJR.

Mangels der Teilhabe an Hoheitskompetenzen und der Wahrnehmung von Staatsaufgaben stellt sich der BJR daher nicht als Körperschaft im materiellen, sondern als solche im nur formellen Sinne dar.

C. Dogmatisch relevante Rechtsprobleme in Zusammenhang mit Körperschaften im formellen Sinn

Überblick

Die Interessen einer differenzierten Körperschaftsdogmatik verbieten es, den Rechtsproblemen auszuweichen, welche am Beispiel der nur formellen Körperschaften des öffentlichen Rechts sichtbar werden. Ihre Erörterung fördert gleichermaßen das Verständnis jener Sparte öffentlich-rechtlicher Gebilde wie die beabsichtigte Trennung gegenüber den Körperschaften im materiellen Sinn. Daher ist — in thematisch bedingter Kürze — einzugehen auf die bei solchen Verbänden vorrangigen Probleme um ihre formelle Entstehung (I.), um die Dienstherrenfähigkeit (II.) und die staatliche Aufsicht (III.).

I. Entstehung durch Maßnahmen der Exekutive?

Während die mit materieller Hoheitsgewalt ausgestatteten Körperschaften des öffentlichen Rechts in der Regel auf einem förmlichen Gesetz beruhen, erfolgte die Verleihung des öffentlich-rechtlichen Status der skizzierten formellen Körperschaften im Wege exekutiver Maßnahmen. Bereits geklärt wurde, daß für die Entstehung öffentlich-rechtlicher Körperschaften ein Staatshoheitsakt unerläßlich ist⁴⁹. Nunmehr geht es um die Frage, welcher konkreten formell-rechtlichen Grundlage die erforderlichen organisatorischen Maßnahmen⁴⁹ der Körperschaftsbildung, -errichtung und -einrichtung, sowie der Statusverleihung, bedürfen, um verfassungsrechtliche Haltbarkeit zu gewinnen.

1. Unterschiedliche Rechtslage für Körperschaften des Bundes und der Länder

Es ist umstritten, ob für die Schaffung juristischer Personen des öffentlichen Rechts ausnahmslos die Legislative⁵⁰ oder in bestimmten Fällen bzw. für gewisse Teilakte auch die Exekutive⁵¹ zuständig ist.

⁴⁹ s. o. § 3, A. II. 2.

⁵⁰ Ein Gesetz verlangen Hamann, NJW 1956/1—3—; Huber, E. R., Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 64; Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 16, 145; Kölble, Josef, Grundgesetz und gemeinsame Ländereinrichtungen, DVBl

Gegen eine für den kompletten Entstehungsvorgang etwa begründete ausschließliche Zuständigkeit der Exekutive sprechen bereits die Verfassungen von Bund und Ländern⁵². Andererseits behinderte es die notwendige Elastizität des modernen Staates, wollte man die alleinige Kompetenz für jede einzelne Organisationsmaßnahme etwa dem Gesetzgeber aufbürden. Eine Überantwortung auch nachrangiger Regelungsfunktionen droht zur Überforderung der Legislative und zur Abqualifizierung sowohl der parlamentarischen Würde als auch der Funktion des formellen Gesetzes zu führen⁵³. Außerdem würde ein solch anspruchsvolles und schwerfälliges Verfahren die Exekutive verleiten, der Praktikabilität und Beschleunigung halber auf die Bildung juristischer Personen des Privatrechts auszuweichen⁵⁴.

Die Zuständigkeit zur Realisierung einzelner Organisationsmaßnahmen bei der Entstehung öffentlich-rechtlicher Körperschaften muß daher unter dem Gesichtspunkt potentieller Aufspaltung und Verteilung zwischen Legislative und Exekutive betrachtet werden⁵⁵.

Für „neue“ *bundesunmittelbare* Körperschaften des öffentlichen Rechts ist gemäß Art. 87 Abs. 3 GG ohnehin ein fundamentales formelles Gesetz erforderlich, in welchem allerdings die Exekutive zur Vornahme nachgeordneter Organisationsmaßnahmen — etwa der Errichtung oder Einrichtung des jeweiligen Gebildes — ermächtigt sein kann. Jedoch besteht der Grund zur Annahme, daß diese Bestimmung allein für Bundeskörperschaften im materiellen, nicht dagegen für etwaige im nur formellen Sinn Geltung hat. Denn Art. 87 Abs. 3 GG bezieht sich unverkennbar auf Materien der Staatsverwaltung: den damit befaßten Rechtsträgern muß notwendig Hoheitsgewalt zur Verfügung stehen.

1965/867 f.; Kötting, Universitätsrecht, S. 7; Riefner, Formen, S. 240 f.; Spanner, DÖV 1957/640 f.; OVG Lüneburg, Urte. v. 4. 11. 52, II OVG A 97/52, DVBl 1953/83 f.

⁵¹ So Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 45 f., 78 f. u. passim; Forsthoff, Körperschaft, S. 41; ders., Verwaltungsrecht, S. 404, 409, 458; Jecht, Anstalt, S. 44 f., 46; Moecke, Hans-Jürgen, Die parlamentarischen Fraktionen als Vereine des öffentlichen Rechts, NJW 1965/567—570— m. w. Nachw. (Fn. 16); Obermayer, Verwaltungsrecht, S. 147; Scheuner, Öffentl. Körperschaften, S. 805 f.; Weber, W., Körperschaften, S. 27; ders., HdSW Bd. VI, S. 40.

⁵² Vgl. Art. 87 Abs. 3 GG; Art. 77 Abs. 1 S. 1 BV.

⁵³ Vgl. Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 406; Kötting, VVDStRL 16 (1958) 177; Leisner, Grundrechte, S. 199 f. m. w. Nachw.; Peters, Hans, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 16 (1958) 250; Stern, Klaus, Vertragliche Grenzen der Organisationsgewalt, BVBl 1960/181—182—.

⁵⁴ Vgl. Leisner, aaO; Weber, W., Diskussionsbeitrag, VVDStRL 16 (1958) 245.

⁵⁵ Vgl. Hohrmann, Organisation, S. 67; Leisner, BVBl 1967/329—330—; Obermayer, Verwaltungsakt, S. 117 f.; ders., Verwaltungsrecht, S. 206 f.; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 251; ders., VVDStRL 29 (1971) 170.

Die in Art. 30 und 83 GG niedergelegte Maxime des Verwaltungsvorranges der Länder bewirkt allerdings, daß sich die weitaus überwiegende Zahl öffentlich-rechtlicher Körperschaften auf Länderebene findet⁵⁶. Diese Gebilde unterliegen den im VIII. Abschnitt des Grundgesetzes normierten Vorschriften für die Bundesverwaltung (mit Ausnahme der Art. 84 Abs. 1 und Art. 85 Abs. 3 GG) grundsätzlich nicht. Soweit das einzelne Bundesland folglich Regelungen nach dem Beispiel des Art. 87 Abs. 3 GG nicht getroffen hat, ist selbst die grundlegende „Bildung“ von Körperschaften im materiellen Sinn seitens der Exekutive nicht schon a priori ausgeschlossen. Zu diesem Punkt bedarf es ersichtlich einer näheren Untersuchung.

2. Der funktionelle Gesetzesvorbehalt

Für den Bereich der *Bundesländer* ist es unumgänglich, eine körperschaftsbezogene Kompetenzabgrenzung zwischen Legislative und Exekutive zu treffen. Das Rechtsstaatsprinzip bietet dafür als Kriterium die Frage nach unmittelbaren Rückwirkungen der Existenz solcher Gebilde auf außerstaatliche Rechtssubjekte, insbesondere den Bürger, an. Soweit nämlich die Aktivität einer Körperschaft den Rechtskreis des Bürgers unmittelbar zu berühren und zu beeinträchtigen vermag⁵⁷, erlangt der rechtsstaatlich motivierte, funktionelle Gesetzesvorbehalt, also ein Sachvorbehalt, spezifische Aktualität.

Diese Konsequenz ist einmal dort angezeigt, wo im Wege der Neuaufnahme⁵⁸ unterstaatliche Verwaltungsträger neu geschaffen oder

205 (Ls. D. II.); *Reuß*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 89; *HessStGH*, Entsch. v. 3. 12. 69, PSt. 569, DVBl 1970/217—218—.

⁵⁶ Die organisatorischen Möglichkeiten von Bund und Ländern, jeweils ihrerseits Körperschaften zu gründen, richten sich primär nach den eröffneten Gesetzgebungskompetenzen. Im Raum ihrer ausschließlichen und der vom Bund nicht beanspruchten konkurrierenden Zuständigkeitsbereiche besitzen die Länder daher quantitativ mehr Gelegenheit zum Ausbau der mittelbaren Staatsverwaltung durch Körperschaften als der Bund; vgl. *Scheuner*, Öff. Körperschaften, S. 806, 808 f.; für die Schaffung von Körperschaften im nur formellen Sinn bestehen solche Anhaltspunkte natürlich nicht.

⁵⁷ Nicht beigeipflichtet werden kann der Auffassung, jede organisatorische Änderung tangiere auch notwendig die Rechtsstellung des Bürgers (so *Richter*, Lutz, Die Organisationsgewalt, Leipzig 1926, S. 9); vielmehr gibt es organisatorische Maßnahmen ohne rechtliche Außenwirkung, wie die Neuerrichtung einer Behörde, der gegenüber den Bürgern keine Kompetenzen eingeräumt sind; auch berühren durch Organisationsmaßnahmen hervorgerufene mittelbare Auswirkungen tatsächlicher Art den Rechtskreis des Bürgers nicht, wie etwa die Veränderung der Dienststunden einer Behörde; vgl. dazu *Böckenförde*, Organisationsgewalt, S. 94 (Fn. 17); *Forsthoff*, Verwaltungsrecht, S. 405; *Köttgen*, VVDStRL 16 (1958) 175 f.; *Leisner*, BVBl 1967/329—330, 332—; *Obermayer*, Urteilsanmerkung, JZ 1962/64—67—; *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971) 170 f., 205 (Ls.D.II.).

⁵⁸ s. o § 11, B.

bestehende Sozialgebilde des Privatrechts zu öffentlich-rechtlichen Körperschaften erhoben und als künftige Glieder der mittelbaren Staatsverwaltung mit Hoheitsbefugnissen ausgestattet werden. Indem sich nämlich der Staat ihm unmittelbar eignender öffentlicher Gewalt entledigt⁵⁹, werden diesen Körperschaften Möglichkeiten zur Tangierung von Rechtspositionen des Bürgers eröffnet. Gleiches kommt zweitens in Betracht, wenn zwar die Hoheitsbefugnisse nicht quantitativ vermehrt werden, sich aber der Staat im Wege der Ausgliederung⁶⁰ von Sachbereichen aus der unmittelbaren auf die mittelbare Staatsverwaltung eines Teiles seiner direkten Führungsmacht begibt⁵⁹ und damit wesentliche Zuständigkeitsveränderungen herbeigeführt werden.

Der rechtsstaatliche Gesetzesvorbehalt⁶¹ verlangt für derartige, sich institutionell und funktionell äußernde Organisationsmaßnahmen eine formell-gesetzliche Untermauerung durch die Legislative⁶². Diesem Erfordernis ist genügt, wenn die Bildung der betreffenden Körperschaft unmittelbar durch förmliches Gesetz oder auf Grund eines ermächtigenden Gesetzes erfolgt. Somit kann eine Körperschaft des öffentlichen Rechts seitens des Gesetzgebers durch Rechtssatz, aber auch von der Exekutive auf Grund vorhergehender gesetzlicher Ermächtigung⁶³ gebildet, errichtet und eingerichtet werden.

⁵⁹ Vgl. Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 96 f.; Brohm, Strukturen, S. 162; Forsthoff, Körperschaft, S. 1 f., 20. f.; ders., Verwaltungsrecht, S. 409 m. w. Nachw.; Martens, NJW 1970/1029; HessVGH, Urt. v. 24. 11. 50, VGH OS 13/49, VerwRspr 4 (1952) 565.

⁶⁰ s. o. § 11, A.

⁶¹ Vgl. statt vieler ausführlich Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 92 f.; Köttgen, VVDStRL 16 (1958) 165; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 263 f.; dem (mit „Vorbehalt des Gesetzes“ nicht identischen) „Gesetzesvorbehalt“ ist auch genügt, wenn ein Gesetz im materiellen Sinn, etwa eine Rechtsverordnung, auf Grund formell-gesetzlicher Ermächtigung ergeht; vgl. zu diesen Begriffsalternativen des „Vorbehalts“ ausf. Nawiasky-Leusser-Schweiger-Zacher, BV, Art. 70 Rn. 3.

⁶² Vgl. Ermacora, VVDStRL 16 (1958) 209; Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 405, 458 f.; Hamann, NJW 1956/1—3—; Hohrmann, Organisation, S. 67 m. w. Nachw.; Huber, E. R., Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 64; Köttgen, VVDStRL 16 (1958) 172; Krüger, H., Das besondere Gewaltverhältnis, VVDStRL 15 (1957) 109—119—; Leisner, BVBl 1967/329—332— (dort Anm. 34 m. w. Nachw. zur Rechtsprechung); Lynker, Körperschaft, S. 17 f., 30; Martens, NJW 1970/1029; Merk, Wilhelm, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 16 (1958) 251; Obermayer, Verwaltungsrecht, S. 147, 183, 206 f.; ders., Verwaltungsakt, S. 120; ders., Das Bundesverfassungsgericht und der Vorbehalt des Gesetzes, DVBl 1959/354—355—; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 266; ders., VVDStRL 29 (1971) 173, jeweils m. w. Nachw.; Richter, Lutz, Die Organisationsgewalt, Leipzig 1926, S. 9; Rübner, Formen, S. 241; Scheuner, Öff. Körperschaften, S. 805; Nawiasky-Leusser-Schweiger-Zacher, BV, Art. 55, Rn. 13 (S. 17); Weber, W., HdSW Bd. V, S. 449—451—; Wolff, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. II, § 78 II b 1 (S. 124); Zippelius, Allg. Staatslehre, S. 214 f.

⁶³ Hierzu gehört auch der Fall, daß der Gesetzgeber nur einen bestimmten Typ von Körperschaften skizziert und die nachfolgende Realisierung — selbst

3. Anmerkung zum Begriff „Organisationsgewalt“

In diesem Zusammenhang verdient der Begriff „Organisationsgewalt“ nähere Erwähnung. Sicher zu eng gefaßt ist seine Definition, wenn man ihn heute noch im „klassischen“ Sinn nur dort heranziehen will, wo sich die Exekutive bei der Erfüllung ihr zustehender Organisationsmaßnahmen „nicht auf ein vorausgegangenes Placet des Gesetzgebers berufen kann“⁶⁴.

Neben diesem Verständnis der Organisationsgewalt kraft originären, eigenen Rechts der Verwaltung⁶⁵ — begründet in der dahingehenden früheren Machtposition des Monarchen⁶⁶ — spricht man auch von einer durch legislativen Akt zugestandenem, also abgeleiteten Organisationsgewalt der Exekutive⁶⁷. Diese ist soeben als potentielle Konsequenz des rechtsstaatlichen Gesetzesvorbehalts sichtbar geworden.

Schließlich mögen unter dem Begriff „Organisationsgewalt“ im weitesten Sinne sämtliche organisatorischen Kompetenzen des Staates erfaßt werden⁶⁸.

Insgesamt erweist sich der Ausdruck „Organisationsgewalt“ als „recht unscharfer Rechtsbegriff“⁶⁹, dessen Vieldeutigkeit der des staatlichen Organisationsaktes⁷⁰ entspricht. Es nimmt daher nicht Wunder, daß trotz mancher verbaler Übereinstimmung die sachlichen Details des Terminus „Organisationsgewalt“ bislang keine gesicherte wissenschaftliche Klärung finden konnten⁷¹.

in Gestalt mehrerer Einzelgründungen — der Exekutive überläßt; vgl. *Scheuner*, Öff. Körperschaften, S. 805 f.; *BVerfG*, Urt. v. 29.7.59, 1 BvR 394/58, BVerfGE 10/89—101—; *Wü-baVG*, Urt. v. 20.1.55, 2 S 145/54, ESVGh 4/186—187—.

⁶⁴ Vgl. *Köttgen*, VVDStRL 16 (1958) 154; ähnlich *Forsthoff*, Verwaltungsrecht, S. 403; *Stern*, Klaus, Vertragliche Grenzen der Organisationsgewalt, BVBl 1960/181—182—; *Vogel*, Klaus, Gesetzgeber und Verwaltung, VVDStRL 24 (1966) 125—166—.

⁶⁵ Bei dem man sich allerdings nicht einig ist, ob es als Gewohnheitsrecht erwuchs oder überhaupt keiner Rechtsgrundlage bedarf; vgl. *Ipsen*, Hans Peter, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 16 (1958) 257 f.; *Obermayer*, Verwaltungsakt, S. 119; *Spanner*, DÖV 1957/640—642—; ders., Diskussionsbeitrag, VVDStRL 16 (1958) 256.

⁶⁶ Vgl. *Preisenhammer*, Peter, Mittelbare Staatsverwaltung, in *Mang*, Verwaltungsrecht, S. 78; *Scheuner*, Öff. Körperschaften, S. 804; *Weber*, Werner, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 16 (1958) 242.

⁶⁷ *Ermacora*, VVDStRL 16 (1958) 231; *Hamann*, NJW 1956/1 f.; *Maunz-Dürig-Herzog*, GG, Art. 84 Rn. 4, Art. 86 Rn. 17; *Obermayer*, Verwaltungsakt, S. 119; ders., Verwaltungsrecht, S. 206; *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften, S. 276; *Scheuner*, aaO, S. 805 (Fn. 32); *Spanner*, DÖV 1957/ 640 f.

⁶⁸ Vgl. *Böckenförde*, Organisationsgewalt, S. 32 f.; *Köttgen*, VVDStRL 16 (1958) 189; *Krüger*, H., Allg. Staatslehre, S. 927; *Maunz-Dürig-Herzog*, GG, Art. 84 Rn. 3, 5; *Obermayer*, Verwaltungsakt, S. 116 f.; *Scheuner*, aaO; *Wolff*, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. II, § 78 I (S. 122 f.). Zur Organisationsgewalt unter dem Aspekt umfassender Organisationshoheit des Staates s. u. § 14.

⁶⁹ So *Obermayer*, Klaus, Staatsrechtslehrertagung 1958, AöR 84 (1959), 94—118—; ders., Urteilsanmerkung, JZ 1962/64—67—.

⁷⁰ Beispiele bei *Frotscher*, Werner, Rechtsschutz nur gegen Verwaltungsakte, DÖV 1971/259 f.; *Obermayer*, Klaus, Die Rechtsverordnung im formellen Sinn, DÖV 1954/73—76—; *Stern*, VVDStRL 21 (1964) 198 f.

⁷¹ Vgl. *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften, S. 256; zur Diskussion vgl. auch *Groß*, Rolf, Organisationsgewalt und Organisationsverordnungen, DÖV

4. Der institutionelle Gesetzesvorbehalt

Wie dargelegt gilt für Körperschaften des öffentlichen Rechts der rechtsstaatliche Gesetzesvorbehalt dann nicht, wenn ihre Schaffung und Aktivität auf die Sphäre des Bürgers keine unmittelbaren rechtlichen Wirkungen äußert. Bei der Gründung staatlicher Verwaltungsgebilde wäre an diesen Fall etwa zu denken, wenn sie trotz ihrer Zugehörigkeit zum Hoheitsträger „Staat“ und damit ihrer Teilhabe an öffentlicher Gewalt ausschließlich verwaltungsinternen Belangen dienen sollten⁷².

Derartiges kann aber weder dogmatisch noch unter Berücksichtigung der Praxis auf Körperschaften im *materiellen* Sinn erstreckt werden. Denn Begriff und Wesen mit Hoheitsbefugnissen ausgestatteter öffentlich-rechtlicher Körperschaften verbieten eine Beschränkung ihrer Aktivität auf allein verwaltungsinterne Angelegenheiten. Für solche Belange wäre angesichts des Übermaßverbotes⁷³ die Ausgliederung eines Sachbereiches aus unmittelbarer staatlicher Verwaltung auf die mittelbare Staatsverwaltung gewiß verfehlt und die Neuaufnahme eines Sozialsubstrates unzulässig. Denn gerade die mitgliedschaftliche Struktur der Körperschaft impliziert ihre Untauglichkeit für bloße verwaltungsinterne Zwecke. Daraus ist zu folgern, daß Körperschaften im materiellen Sinn nicht nur grundsätzlich, sondern notwendig und ausnahmslos dem rechtsstaatlich motivierten funktionellen Gesetzesvorbehalt unterliegen⁷⁴.

Auf der anderen Seite wird verständlich, daß der rechtsstaatliche Gesetzesvorbehalt für Körperschaften im nur *formellen* Sinn nicht gilt. Ihr charakteristisches Merkmal besteht im Fehlen materieller Hoheitsrechte. Unmittelbare rechtliche Tangierungen und Beeinträchtigungen des Bürgers vermögen diese Gebilde daher nicht auszulösen.

Obwohl die nur formellen Körperschaften den rechtsstaatlichen Gesetzesvorbehalt unterlaufen, wird eine vorschnelle Folgerung auf die etwaige autonome Befugnis der Exekutive zur Gründung solcher Organisationen durch den politisch motivierten, institutionellen Gesetzesvorbehalt⁷⁵ gebremst. Die demokratische Komponente dieses

1963/51—52—; Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 401 f.; zur rechtshistorischen Entwicklung vgl. Ermacora, VVDStRL 16 (1958) 191—205 f.—; Scheuner, Öff. Körperschaften, S. 804; eine umfassende Darstellung der Problematik gibt Baedeker, Hans Jürgen, Die Organisationsgewalt im Bund und der Vorbehalt des Gesetzes, Diss. Köln 1969.

⁷² Vgl. Leisner, BVBl 1967/329—332 (Fn. 34)—; Merk, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 16 (1958) 251; Rupp, Grundfragen, S. 93.

⁷³ Zum Übermaßverbot s. u. § 19, B. II. 2. c.

⁷⁴ Vgl. o. Fn. 62.

⁷⁵ Vgl. Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 95 f.; Köttgen, VVDStRL 16 (1958) 161 f., 165 f.; Mallmann, VVDStRL 19 (1961) 188 f., 207 (Ls. 8 b); Ober-

Formvorbehaltes verlangt, daß die Bildung bestimmter Behörden und — wegen ihres öffentlich-rechtlichen Status — auch von Körperschaften grundsätzlich dem Parlament reserviert bleibt. Andernfalls würde die Exekutive in die Lage versetzt, die in der Ministerverantwortlichkeit begründete Kontrollmöglichkeit der Legislative entgegen Art. 20 Abs. 2, 3 GG durch Verselbständigung von Verwaltungsträgern eigenmächtig auszuhöhlen⁷⁶. Die parlamentarische Überwachungsfunktion reicht nämlich immer nur so weit, als den obersten Exekutivorganen ein unmittelbares Leitungs- und Weisungsrecht gegenüber den untergeordneten Behörden zusteht. Dieses aber fehlt im Verhältnis der Regierung zu den außerhalb der unmittelbar staatlichen Behördenhierarchie situierten materiellen⁷⁷ und erst recht formellen Körperschaften.

Unbestreitbar ist der institutionelle Gesetzesvorbehalt dort zu beachten, wo ihn die Verfassung⁷⁸ ausdrücklich verfügt hat⁷⁹. Aber die Frage, ob er sich — abgesehen von den Religionsgemeinschaften⁸⁰ — selbst auf Körperschaften im nur formellen Sinn erstreckt, wird in praxi nur für den süddeutschen⁸¹, speziell bayerischen Bereich⁸² evident.

Als Norm des bayerischen Verfassungsrechts spricht Art. 77 BV von der „Organisation der allgemeinen Staatsverwaltung“ und der „Bestellung der staatlichen Organe“. Ist es auch zweifelhaft, ob und inwieweit jene Vorschrift auf die zur mittelbaren Staatsverwaltung zählenden (materiellen) Körperschaften angewendet werden kann, so bezieht

mayer, Verwaltungsakt, S. 118; ders., ähnlich (unter dem Gesichtspunkt des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung) Verwaltungsrecht, S. 147, Kommunalrecht, S. 388, Fn. 151; *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften, S. 270 f.; ders., VVDStRL 29 (1971) 172 f., 205 (Ls.D.II.); *Weber*, Werner, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 16 (1958) 243 f.; *Wolff*, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. II, § 78 II b 2 (S. 124); vom „organisationsrechtlichen“ Gesetzesvorbehalt sprechen *Badura*, Peter, Rechtsetzung durch Gemeinden, DÖV 1963/561 f.—; *Reuß*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 71.

⁷⁶ Vgl. *Huber*, E. R., Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 544 f.; *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, S. 200 f.; *Nawiasky-Leusser-Schweiger-Zacher*, BV, Art. 55 Rn. 13 (S. 16); *Ule*, ZfSR 1962/637—661—; *Wolff*, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. II, § 78 II b 2 (S. 125); vgl. auch *BVerfG*, Ur. v. 27. 4. 59, 2 BvF 2/58, BVerfGE 9/268—279 f.— m. w. Nachw.; kritisch: *Leisner*, BVBl 1967/329—331—; *Rupp*, Grundfragen, S. 130 ff.; zur Ministerverantwortlichkeit umfassend *Kröger*, Klaus, Die Ministerverantwortlichkeit in der Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt/Main 1972.

⁷⁷ s. o. § 11, C. III.

⁷⁸ Vgl. Art. 70 Abs. 1 Bad-WürttVerf; Art. 77 Abs. 1 BV; Art. 57 HambVerf; Art. 43 Abs. 2 NiedersVerf; Art. 77 Abs. 1 NRWVerf; Art. 116 SaarlVerf; Art. 38 Abs. 2 Schlesw-H.Landessatzg.; ausf. *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971) 172.

⁷⁹ Vgl. *Rupp*, Grundfragen, S. 95.

⁸⁰ s. o. § 12 (Überblick).

⁸¹ Vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 20. 2. 57, 1 BvR 441/53, BVerfGE 6/257—272 f.—.

⁸² s. o. B. (vor I.).

sie sich schon vom Wortlaut her eindeutig nicht auf Körperschaften im nur formellen Sinn.

Es bleibt die — am Ende zu verneinende — Frage, ob Körperschaften im nur formellen Sinn nicht wenigstens einem ungeschriebenen institutionellen Gesetzesvorbehalt zu unterworfen sind⁸³. Zwar führt ihre Ausstattung mit öffentlich-rechtlichem Status zur Vermehrung der im Staatsgebiet ansässigen formal öffentlich-rechtlichen Gebilde und Rechtssubjekte. Die politisch-soziale Ordnung des Gemeinwesens wird dadurch aber weder berührt, noch erfährt die für alle verbindliche materielle Rechtslage oder der organisatorische Aufbau des staatlichen Apparates eine rechtserhebliche Veränderung⁸⁴.

Denn die Verleihung des öffentlich-rechtlichen Status erschöpft sich bei den geschilderten Körperschaften in seiner bloßen Institutionalisierungswirkung. Damit wird aber nur ihre Integration⁸⁵ in den soziologisch-faktischen Bereich des Öffentlichen⁸⁶ unterstrichen. Eine darüberhinausgehende materiell-funktionelle Beziehung der formellen Körperschaften zum Staat besteht mangels Verfügung über Hoheitsbefugnisse nicht⁸⁷. Deshalb verbietet sich auch eine abstrakte, etwa nur formal-organisatorische Verknüpfung und Identifizierung dieser Gebilde mit dem Staatlichen. Mögen sie durch ihren öffentlich-rechtlichen Status äußerlich geringfügig privilegiert erscheinen, so veranlaßt diese Subventionierung doch keine anderen Rechtswirkungen, als sie sonst bei der Aktivität von Privaten ohnehin geläufig sind.

Das politisch-demokratisch motivierte Anliegen des institutionellen Gesetzesvorbehaltes wird folglich von Körperschaften im nur formellen Sinn nicht berührt.

5. Ergebnis

Es erweist sich damit als zulässig, bei der bloßen Verleihung des öffentlich-rechtlichen Körperschaftsstatus an private Sozialgebilde von

⁸³ Auf einem Gesetzesvorbehalt bestehen *Groß*, Rolf, Organisationsgewalt und Organisationsverordnungen, DÖV 1953/51—53—; *Hamann*, NJW 1956/1—3—; *Huber*, E. R., Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 64; *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, S. 16, 145; *Köblle*, Josef, Grundgesetz und „gemeinsame Ländereinrichtungen“, DVBl 1965/867 f.; *Köttgen*, VVDStRL 16 (1958) 161, 171; *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften, S. 269 f., 277; *Spanner*, DÖV 1957/ 640—643—.

⁸⁴ a. A. die in Fn. 83 genannten Autoren, wobei allerdings eingeräumt werden muß, daß ihnen — bis auf *Spanner* — die spezielle bayerische Situation der öffentlich-rechtlichen Körperschaften im nur formellen Sinn bei Niederlegung ihrer Ansicht nicht gegenwärtig gewesen sein mag.

⁸⁵ Zum Integrationswert der öffentlich-rechtlichen Rechtsform vgl. *Smend*, Rudolf, Verfassung und Verfassungsrecht, München und Leipzig 1928, S. 82 f.; vgl. auch *Forsthoff*, Verwaltungsrecht, S. 409.

⁸⁶ s. o. § 6, A. III. 2 und 3. c.

⁸⁷ Vgl. *Böckenförde*, Organisationsgewalt, S. 97.

einer formell gesetzlichen Regelung durch das Parlament abzusehen⁸⁸. Folglich besteht kein Anlaß, der Exekutive die Vornahme derartiger Akte „auf eigene Faust“, also ohne vorhergehende legislative Ermächtigung, in Ausübung ihrer (originären) Organisationsgewalt zu verwehren. Diese steht grundsätzlich dem obersten Leiter der Regierungsgewalt, im Falle Bayerns dem Ministerpräsidenten, zu. Er ist autorisiert, sie etwa auf die Minister als Mitglieder der Staatsregierung (bzw. auf nachgeordnete Organe) zu delegieren⁸⁹.

Die Exekutive sieht sich damit nicht nur ermächtigt, den Behördenapparat und das Verwaltungsverfahren im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung⁹⁰ zu regeln, sondern auch den öffentlich-rechtlichen Status subventionierend und lediglich ehrenhalber an dafür taugliche Gebilde aus dem Bereich der Gesellschaft, des Öffentlichen, zu verleihen. Diese Maßnahme ist gegenüber den „betroffenen“ Organisationen als *Verwaltungsakt* zu werten. Darüberhinaus besteht kein Grund, ihr etwa in Anlehnung an das Recht der kommunalen Gebietsänderung materielle Doppelnatur beizumessen. Denn aus der bloßen Statusverleihung ergeben sich weder für Körperschaftsmitglieder noch für Außenstehende unmittelbare Rechtsfolgen, welche zugleich für das Vorliegen einer Rechtsverordnung plädieren ließen⁹¹. Ebenfalls unzutreffend ist es, die Notwendigkeit einer statusbegründenden Rechtsverordnung deshalb zu betonen, weil mit der Statuierung eine Haftungsbe-

⁸⁸ Vgl. — teilweise nur in Andeutungen — *Brohm*, Strukturen, S. 162; *Böckenförde*, Organisationsgewalt, S. 97; *Forsthoff*, Verwaltungsrecht, S. 409; *Moocke*, Hans-Jürgen, Die parlamentarischen Fraktionen als Vereine des öffentlichen Rechts, NJW 1965/567—570—; *Obermayer*, Verwaltungsakt, S. 60 f.; *Peters*, Lehrbuch, S. 108; *Nawiasky-Leusser-Schweiger-Zacher*, BV, Art. 55 Rn. 13 (S. 17); *Weber*, W., HdSW Bd. VI, S. 40; *BayVerfGH*, Entsch. v. 13. 4. 62, Vf. 107—VII—60, VerfGHE 15/22—27 f.—; a. A. die Fn. 83 genannten Autoren.

⁸⁹ So im Fall der Verleihung des öffentlich-rechtlichen Status an den Bayerischen Bauernverband und den Bayerischen Jugendring, s. o. (§ 12) III. und IV.

⁹⁰ Insbesondere des Haushaltsplangesetzes, vgl. *Obermayer*, Verwaltungsakt, S. 120; zu beachten ist, daß der Gesetzgeber auch hinsichtlich dieser Statusverleihung (bzw. im Rahmen der Staatsverwaltung hinsichtlich der Behördeneinrichtung und der Regelung des allg. Verfahrens) ein generelles Zugriffs- oder Praeokkupationsrecht mit der Maßgabe besitzt, daß die Exekutive nach erfolgter Ergreifung selbst im Bereich „ihrer“ Organisationsgewalt an den Vorrang des Gesetzes gebunden ist; vgl. *Obermayer*, Klaus, Das Bundesverfassungsgericht und der Vorbehalt des Gesetzes, DVBl 1959/354—355—; *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften, S. 277.

⁹¹ Vgl. unter spezifischer Bezugnahme auf das Kommunalrecht *Obermayer*, Klaus, Die Rechtsverordnung im formellen Sinn im bayerischen Landesrecht, DÖV 1954/73 f.; ders., Rechtsverordnung im formellen Sinn, DÖV 1955/364 f.; ders., Verwaltungsakt, S. 54 f.; Erwiderung: *Schweiger*, Karl, Rechtsverordnung im formellen Sinn, DÖV 1955/360 f.

schränkung verknüpft sei⁹². Mag solches auch bei Körperschaften im materiellen Sinne einleuchten, so spricht angesichts § 839 BGB, Art. 34 GG die mangelnde funktionelle Staatlichkeit der nur formellen Körperschaften für das Gegenteil.

Der rechtsstaatliche und der institutionelle Gesetzesvorbehalt veranlassen am Ende den *Umkehrschluß*, daß die von der Exekutive vorgenommene gesetzesunabhängige Gründung öffentlich-rechtlicher Körperschaften durch bloße Statusverleihung nicht zur Teilhabe derart subventionierter Gebilde an Hoheitsbefugnissen und Staatsaufgaben zu führen vermag⁹¹. Diese Körperschaften bewegen sich trotz ihres öffentlich-rechtlichen Status notwendig außerhalb des Bereiches der (mittelbaren) Staatsverwaltung im Gelände der Gesellschaft, des Öffentlichen, also auf dem Boden des Privatrechts.

II. Dienstherrenfähigkeit öffentlich-rechtlicher Körperschaften

1. Begriff der Dienstherrenfähigkeit

Nach § 121 BRRG verkörpert die Dienstherrenfähigkeit „das Recht, Beamte zu haben“⁹³. Die Probleme, welche sich einer solch undifferenzierten Begriffsbestimmung anschließen, können hier nur angedeutet werden⁹⁴. So umfaßt die Dienstherrenfähigkeit zwar in der Regel, nicht aber notwendig die Befugnis, Beamte zu *ernennen*⁹⁵. Auch reicht das Recht, Beamte zu haben, weiter, als etwa eine Ermächtigung zur bloßen Verwendung von Beamten. Denn manche Gebilde *beschäftigen* Beamte, deren Dienstherr nicht sie selbst sind⁹⁶. Dienstherrenfähigkeit eignet aber nur demjenigen, welcher das Recht besitzt, Träger eines Beamtenverhältnisses zu sein. § 121 BRRG muß somit auf die Befugnis, „eigene“ Beamte zu haben, präzisiert werden.

Körperschaften des öffentlichen Rechts sind gemäß § 121 Ziff. 2 BRRG dienstherrenfähig, wenn sie dieses Recht bereits bei Inkrafttreten des Beamtenrechtsrahmengesetzes am 1. September 1957 besessen haben⁹⁷ oder wenn es ihnen nach diesem Zeitpunkt verliehen worden ist⁹⁸. Diese gesetz-

⁹² Vgl. Wolff, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. II, § 78 II C (S. 126 f.), mit dem Hinweis auf die Statusverleihung an kommunale Spitzenverbände in Bayern!

⁹³ Eine deklaratorische Wiederholung dieser zwingenden Rahmenvorschrift findet sich in den Landesbeamtengesetzen, z. B. in Art. 3 BayBG.

⁹⁴ Vgl. ausführlich Quidde, ZBR 1958/229 f.; Weiß, Hans — Kranz, Hubert, Bayerisches Beamtengesetz, 2. Aufl., München 1966, Art. 3 Erl. 2.

⁹⁵ Die ernennende Instanz muß nicht zugleich Dienstherr sein, vgl. §§ 2 Abs. 1; 10 BBG (Ernennung von Bundesbeamten durch den Bundespräsidenten oder andere Stellen, in der Regel durch Oberste Bundesbehörden).

⁹⁶ Wie etwa die Beamten der Sparkassen nach Art. 12 BaySpkG.

⁹⁷ „Dienstherrenfähigkeit kraft Herkommens/Überlieferung“.

⁹⁸ „Dienstherrenfähigkeit kraft Verleihung“.

liche Bestimmung macht deutlich, daß Körperschaften des öffentlichen Rechts nicht schon eo ipso Dienstherrenfähigkeit eignet. Die spezifische Organisationsform öffentlich-rechtlicher Gebilde — augenfällig in ihrer Gegenüberstellung zu privaten Assoziationen — läßt somit keine zwingende Folgerung auf das bei ihnen geltende Dienstrecht zu⁹⁹.

Die Dienstherrenfähigkeit öffentlich-rechtlicher Körperschaften hängt nach § 121 BRRG einerseits von formellen Vorgängen, wie der Verleihung durch Gesetz, Rechtsverordnung oder (genehmigungsbedürftige) Satzung ab¹⁰⁰. Andererseits ist zu beachten, daß solche Rechtssetzungsakte inhaltlich dem geltenden materiellen Recht, vor allem der jeweiligen Verfassung, entsprechen müssen. Hier stehen allerdings heute nicht mehr die Voraussetzungen der Dienstherrenfähigkeit nach dem ALR oder der Rechtsprechung des preußischen Oberverwaltungsgerichts im Vordergrund¹⁰¹. Maßgeblichkeit für die Befugnis einer Institution, (eigene) Beamte zu haben, kommt vielmehr der Rechtslage zu, wie sie das Grundgesetz und — soweit übereinstimmend — das geschriebene Beamtenrecht vorzeichnen.

Unabhängig vom Tag des Inkrafttretens des Beamtenrechtsrahmengesetzes ist daher die Dienstherrenfähigkeit öffentlich-rechtlicher Körperschaften bei etwaigem Verstoß gegen Art. 33 Abs. 4, 5 GG¹⁰² sowohl im Falle ihrer Überlieferung (Art. 123 Abs. 1 GG), als auch der nachkonstitutionellen Verleihung wegen Verfassungswidrigkeit nichtig.

2. Voraussetzungen der Dienstherrenfähigkeit

Art. 33 Abs. 4, 5 GG unterstellen das Berufsbeamtentum als Institution des deutschen Verfassungsrechts besonderem grundgesetzlichen Schutz, dessen es zu seiner rechtlichen und wirtschaftlichen Sicherung bedarf, um die ihm zufallenden Funktionen im Staatsleben erfüllen zu können¹⁰³. Da das Grundgesetz an dieser Einrichtung nach wie vor festhält, vermögen auch die Diskussionen um ihre Zweckmäßigkeit an der verfassungsrechtlichen Situation nichts zu ändern. Somit verbietet sich die schleichende Aufweichung des Berufsbeamtentums ebenso wie jede Annäherung und Überschneidung mit anderen Gestaltungsformen des öffentlichen Dienstes¹⁰⁴.

⁹⁹ Vgl. *Fischbach*, Oscar Georg, Der Rechtsbegriff des öffentlichen Dienstes unter besonderer Berücksichtigung der Vorschriften des Gesetzes zu Art. 131 GG, DÖV 1955/709—711, 713—; *Martens*, Öffentlich, S. 114; *BVerfG*, Beschl. v. 20. 2. 57, 1 BvR 413, 422/53, BVerfGE 6/246—250—.

¹⁰⁰ Vgl. § 121 Ziff. 2, 2. Alt. BRRG.

¹⁰¹ Dazu ausf. *Quidde*, ZBR 1958/229—230— m. w. Nachw.

¹⁰² Und folgend § 4 BBG, § 2 Abs. 2, 3 BRRG, § 17 Abs. 5 BHO.

¹⁰³ Vgl. statt aller: *Maunz-Dürig-Herzog*, GG, Art. 33 Rn. 32 f., 48, 63; *Ule*, Carl Hermann, Die Institution des Berufsbeamtentums und der Gesetzgeber, 1958, S. 8; *Weber*, W., Staats- und Selbstverwaltung, S. 87 f. m. w. Nachw.; zum Formenmißbrauch des Beamtenstatus bei Erledigung fiskalischer Aufgaben durch Beamte: *Isensee*, Josef, Der Fiskalbeamte — ein Fiskalprivileg, DÖV 1970/397 f.; zur Entstehungsgeschichte des Art. 33 GG: *Matz*, Jör 1 (1951) 316 ff.; vgl. auch *BVerfG*, Urt. v. 17. 12. 53, 1 BvR 147/53, BVerfGE 3/58 (Ls. 7), 117 f., 137; Urt. v. 26. 2. 54, 1 BvR 371/52, BVerfGE 3 /289—334—; Beschl. v. 17. 10. 57, 1 BvL 1/57, NJW 1957/1795.

¹⁰⁴ Dazu neuestens *Jung*, Jörg, Die Zweispurigkeit des öffentlichen Dienstes, Berlin 1971; umwälzende Thesen vertritt *Thieme*, Werner, Empfiehlt

Unter der Herrschaft des Grundgesetzes ist es folglich nur konsequent, wenn im Interesse und zugunsten des Berufsbeamtentums klare und eindeutige Kompetenzabgrenzungen etwa gegenüber den Funktionen der Angestellten gezogen und eingehalten werden. Die Beamtengesetzgebung hat sich dieser Tendenz der Verfassung verständlicherweise angeschlossen: § 4 BBG¹⁰⁵ bestimmt, daß die Berufung in das Beamtenverhältnis *nur* zur Wahrnehmung hoheitsrechtlicher Aufgaben (§ 4 Ziff. 1 BBG) oder sogenannter „Staatssicherheitsaufgaben“ (§ 4 Ziff. 2 BBG) zulässig ist.

Die erstere Variante meint — in Anlehnung an § 148 Abs. 1 DBG und Art. 33 Abs. 4 GG — die Wahrnehmung solcher Aufgaben, welche die Verfügung ihres Trägers über hoheitliche Mittel voraussetzen. Darunter fallen einmal die dem staatlichen Macht- und Rechtszweck¹⁰⁶, zum anderen, die seinem Kultur- und Wohlfahrtszweck¹⁰⁷ dienenden Agenden.

Die Übernahme in das Beamtenverhältnis ist gemäß § 4 Ziff. 2 BBG aber auch zulässig zur Wahrnehmung von Aufgaben, die zur Sicherung des öffentlichen Lebens anfallen. Damit sind allerdings nicht die ohnehin zu den hoheitsrechtlichen Agenden zählenden Angelegenheiten der (verwaltungsrechtlichen) „Sicherheit und Ordnung“ oder der staatlichen Fürsorge gemeint. Es geht vielmehr um eventuell notwendige Maßnahmen zur Aufrechterhaltung etwa des Verkehrs¹⁰⁸ oder der Versorgung der Bevölkerung¹⁰⁹. Sie avancieren im „Ernst“fall zu konkreten Staatsaufgaben: wenn nämlich der Staat sich ihrer unter Einsatz von Beamten annimmt, um bei Wahrung der Disziplinargewalt, des Dienst- und Amtsgeheimnisses und nicht zuletzt unter Ausschaltung der Streikgefahr ihre Erledigung zu gewährleisten.

Die Fähigkeit, Beamte zu ernennen und/oder als Träger eines Beamtenverhältnisses zu „haben“ ist aus der Staatsgewalt *abgeleitet*¹¹⁰. Damit stellt sich die Dienstherrenfähigkeit als Ausfluß hoheitlicher Kompetenzen dar und nicht umgekehrt. Träger eines Beamtenverhältnisses kann folglich nur der Staat einschließlich der seinem Organisations- und Funktionsbereich zuzurechnenden öffentlich-rechtlichen Gebilde sein.

3. Körperschaft und Beamte

Was die Körperschaften des öffentlichen Rechts betrifft, wurde festgestellt, daß sie nicht durchweg, sondern nur als solche im *materiellen* Sinn an Hoheitsbefugnissen partizipieren und zur (mittelbaren) Staats-

es sich, das Beamtenrecht unter Berücksichtigung der Wandlungen von Staat und Gesellschaft neu zu ordnen? Verhandlungen des 48. DJT, Bd. I, Teil D, München 1970; ablehnend Ule, Carl Hermann, Buchbesprechung, AöR 96 (1971) 446 f.

¹⁰⁵ Folgende: § 2 Abs. 2 BRRG, § 17 Abs. 5 BHO; und die Landesbeamten-gesetze, vgl. Art. 5 BayBG.

¹⁰⁶ „spezifische“ Staatsaufgaben, s. o. § 10, B. II.

¹⁰⁷ „bloße“ Staatsaufgaben, s. o. § 10, B. III.

¹⁰⁸ Man denke an die Beamten der Deutschen Bundesbahn.

¹⁰⁹ Wie etwa zur Wahrnehmung der im Rahmen der Zivilschutzgesetzgebung geregelten Materie der staatlichen Lebensmittelbevorratung.

¹¹⁰ Vgl. § 122 des Entwurfs zum BRRG, Bundestagsdrucksache aus der 2. Wahlperiode, 1953—1957, Nr. 1549, S. 59.

verwaltung zählen. In dieser Eigenschaft sind sie grundsätzlich *fähig*, Dienstherrn von Beamten zu sein. Mit einer solchen Qualifikation ist aber die Konkretisierung dieser Fähigkeit nicht notwendig verbunden. Im Einzelfall kann erst durch eine Analyse der Dienstverhältnisse der jeweiligen Körperschaft ermittelt werden, ob sie tatsächlich Dienstherr von Beamten *ist*. So mag es Körperschaften im materiellen Sinn geben, welche Träger von Beamtenverhältnissen sind¹¹¹, andere, die nur Beamte beschäftigen, deren Dienstherr ein anderes zum Staat zählendes Rechtssubjekt ist, oder schließlich solche, die überhaupt keine Beamten verwenden¹¹².

Körperschaften des öffentlichen Rechts im nur *formellen* Sinn besitzen dagegen die Fähigkeit, Träger von Beamtenverhältnissen zu sein, nicht. Denn mangels der Verfügung über öffentliche Gewalt, über Hoheitsbefugnisse, muß bei ihnen auch die Teilhabe an jener aus der Staatsgewalt abgeleiteten und an Staatsfunktionen anknüpfenden Dienstherrnenfähigkeit scheitern. Eine abstrakte Zuerkennung der Dienstherrnenfähigkeit wiederum genügt nicht, um solchen Gebilden wenigstens in dieser Position Hoheitsmacht zu verleihen. Denn die Dienstherrnenfähigkeit setzt den Bestand öffentlicher Gewalt voraus und vermag solche nicht gleichzeitig in sich selbst zu begründen.

Daran ändern auch gewisse faktische Erscheinungen nichts, welche bei Betrachtung solcher Körperschaften doch die Existenz eines Gewaltverhältnisses vermuten lassen. Was hier nämlich den Anschein von Machtpositionen erwecken könnte, entbehrt bei näherem Hinsehen jedes hoheitlichen, staatlichen Charakters. Vielmehr handelt es sich allenfalls um Auswirkungen des sogenannten „Freiwilligkeitsprinzips“, also um Pflichten, welche die Mitglieder solcher Organisationen aus freien Stücken auf sich nehmen¹¹³. Den nur vereinsrechtlichen Wirkungen ihrer

¹¹¹ Die gesetzlich niedergelegte Zuerkennung der Dienstherrnenfähigkeit besitzt hier nur deklaratorischen Charakter.

¹¹² Etwa weil die ihnen zukommenden Staatsaufgaben nur *nebensächlichster* Art sind und deshalb auch durch Angestellte erledigt werden können.

¹¹³ Zur Erledigung etwa der Kirchensteuerpflicht durch Austritt aus der jeweiligen Religionsgemeinschaft (und damit zum Sonderproblem des monistischen oder dualistischen Verständnisses der Kirchen als Glaubensgemeinschaft und Steuerverband) vgl. BVerfG, Beschl. v. 31.3.71, 1 BvR 744/67, BVerfGE 30/415—421 f.— mit Anmerkung von Sacker, Horst, DVBl 1971/533 f. und Barion, Hans, DÖV 1971/346 f.; vgl. ders., Die religionsrechtliche Problematik der katholischen Kirchensteuer, DÖV 1968/532 f., mit Erwidern durch v. Nell-Breuning, Oswald, Kirchensteuer und Austritt aus der katholischen Kirche, DÖV 1970/148 f.; BVerwG, Urt. v. 25.2.70, VII C 43/69, BVerwGE 35/50—93— mit krit. Stellungnahme durch Listl, Joseph, Verfassungsrechtlich unzulässige Formen des Kirchenaustritts, JZ 1971/345 f.; in Erwidern dazu Pirson, Dietrich, Zur Rechtswirkung des Kirchenaustritts, JZ 1971/608 f. OLG Oldenburg, Beschl. v. 29.1.70, 5 Wx 1/70, NJW 1970/713 mit Anmerkung von Obermayer, Klaus, NJW 1970/1645 f.; vgl. auch Engelhardt, Hans, Staatliches Kirchenaustrittsrecht und zwischenkirchliche Über-

Zugehörigkeit und der Durchsetzbarkeit dazugehöriger Verbindlichkeiten können sich die Betroffenen durch Austritt entledigen — eine Möglichkeit, die etwa im Fall der Zwangsmitgliedschaft bei Körperschaften des öffentlichen Rechts nicht eröffnet ist. Bloße vereinsrechtliche Gestaltungen aber lassen keinen Schluß zu auf eine Realisierung der für die Dienstherrenfähigkeit erforderlichen Teilhabe an Staatsgewalt oder gar einer eigenständigen „öffentlichen“ Gewalt¹¹⁴.

Die Versagung der Dienstherrenfähigkeit verbietet es für Körperschaften im nur formellen Sinn schließlich auch, Beamte eines anderen Dienstherren, etwa im Wege der Abordnung, lediglich zu beschäftigen. Denn mangels Verfügung über Hoheitsbefugnisse zählen diese Gebilde erinnerlich nicht zum Staat. Sie vermögen somit auch nicht als Glieder des Staates oder als Behörden „hoheitsrechtlich“ tätig zu werden oder auch nur in staatsorganschaftlicher Weise sog. Staatssicherheitsangelegenheiten (§ 4 Ziff. 2 BBG) durch ihre Bediensteten erledigen zu lassen. Da aber die Berufung in das Beamtenverhältnis *nur* zulässig ist zur *Wahrnehmung* hoheitsrechtlicher Aufgaben oder von Staatssicherheitsangelegenheiten (§ 4 BBG), ist selbst der Einsatz „fremder“ Beamter durch Körperschaften im nur formellen Sinn unzulässig¹¹⁵.

Soweit „Herkommen“, „Überlieferung“ oder „Verleihung“ diesen aus Art. 33 Abs. 4, 5 GG in Verbindung mit § 4 BBG, § 2 Abs. 2 BRRG zu entnehmenden Maximen widersprechen, ist die damit verknüpfte „Dienstherrenfähigkeit“ insbesondere nur formellen Körperschaften des öffentlichen Rechts verfassungswidrig und daher unwirksam. Die Berufung auf Gewohnheitsrecht muß fehlgehen, wenn sie, wie hier im Falle der Dienstherrenfähigkeit, gegen die Verfassung verstößt — eine Konsequenz, welche *par excellence* auf die als Körperschaften des öffentlichen Rechts organisierten kommunalen Spitzenverbände in

trittsvereinbarungen, DVBl 1971/543 f. („negative religiöse Vereinigungsfreiheit“, aaO, S. 544).

¹¹⁴ Allerdings ist es denkbar, daß an Körperschaften im nur formellen Sinn staatliche Funktionen und hoheitliche Gewalt übertragen werden. In diesen Fällen sollte grundsätzlich nicht von Beleihung die Rede sein (vgl. Steiner, JuS 1969/69—70 Fn. 15—, mit Hinweis auf Menger, Christian-Friedrich, Zur verfassungsrechtlichen Stellung der deutschen politischen Parteien, AöR 78 (1952/53) 149—160 Fn. 58—; Wolff, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. II, § 101 VIII b 1 (S. 376); § 104 I b (S. 388). Vielmehr erleben solche Gebilde damit eine Wandlung zu Körperschaften im materiellen Sinn — es sei denn, die verabfolgten staatlichen Kompetenzen wären auf spezifische Einzelbereiche beschränkt: z. B. bloße Ausstattung des Bayerischen Roten Kreuzes, Körperschaft des öffentlichen Rechts — s. o. § 12, B. I. — mit Befugnissen polizeilicher Art — Platzverweis — für den Rettungsdienst. Hier käme eine Qualifizierung des BRK als Beliehener in Betracht; ähnlich die partielle Ausstattung von Religionsgemeinschaften mit staatlichen Kompetenzen, s. u. Fn. 129.

¹¹⁵ Vgl. ausf. Quidde, ZBR 1958/229—232, 234 —.

Bayern¹¹⁶ zutrifft. Mögen sie auch „Spitzenverbände der Dienstherren“¹¹⁷ genannt werden, so resultiert daraus doch keine eigenständige Dienstherrenfähigkeit¹¹⁸ oder auch nur die Befugnis, Beamte dieser Dienstherren als solche zu übernehmen bzw. weiterzuführen¹¹⁹.

III. Gestaltung der staatlichen Aufsicht

1. Begriff der Staatsaufsicht

Erwähnung verdient schließlich die in der Literatur vernachlässigte¹²⁰ Frage der staatlichen Aufsicht über „nicht-religiöse“ Körperschaften im nur formellen Sinn. Bei einem weiten Verständnis kann von Staatsaufsicht überall dort gesprochen werden, wo der Staat zwischen den Polen seiner speziellen *Dienstaufsicht*¹²¹ und der allgemeinen¹²² oder besonderen „*Untertanen*“-*aufsicht*¹²³ bestimmte Kontrollrechte über das Verhalten anderer innehat¹²⁴.

Hinsichtlich der juristischen Personen des öffentlichen Rechts wird der Begriff Staatsaufsicht (in einem engeren Verständnis) reduziert auf die zwischen den genannten Exponenten staatlicher Überwachungsformen eingegliederte *Verbandsaufsicht*¹²⁵. Für Körperschaften im materiellen Sinn

¹¹⁶ s. o. § 12, B. I.

¹¹⁷ Vgl. Leusser, Claus — Gerner, Erich — Kruis, Konrad, Bayer. Beamten-gesetz, 2. Aufl., München 1970, Art. 204 Erl. 1.

¹¹⁸ Zur Situation vgl. Obermayer, Kommunalrecht, S. 388, Fn. 151; dagegen halten die bayerischen kommunalen Spitzenverbände für „seit jeher dienstherrenfähig“: Leusser-Gerner-Kruis, aaO, Art. 1, Erl. 2 a bb; Art. 3, Erl. 2 b; Art. 129, Erl. 5 a; vgl. auch Goppel, Alfons, Der Staat und die kommunalen Spitzenverbände, BayBgm 1962/151—152—; Jobst, Heinz, Wesen, Aufgaben und Möglichkeiten der kommunalen Spitzenverbände, BayBgm 1958/122 f., 145 f.

¹¹⁹ Das etwaige Argument, die kommunalen Spitzenverbände in Bayern seien gezwungen, auf Beamte der von ihnen vertretenen Gebietskörperschaften zurückzugreifen und deren Beamtenstatus zu wahren, ist demgegenüber rechtlich irrelevant.

¹²⁰ Offensichtlich ist auch dafür die Tatsache verantwortlich, daß sich die Lehre beharrlich weigert, von der Existenz der Körperschaften im formellen Sinn mehr als nur andeutungsweise Kenntnis zu nehmen.

¹²¹ Sie wird — als Korrelat der öffentl. Dienstgewalt — beschränkt auf die Beziehung zwischen öffentlich-rechtlichen Dienstherren und Bediensteten, sowie auf die Sachweisungsbefugnis vorgesetzter gegenüber nachgeordneten staatlichen Behörden — also innerhalb eines Instanzenzuges.

¹²² An den allgemein verbindlichen Straf- und Ordnungsvorschriften gemessene Rechtmäßigkeitsaufsicht, welche von Schutz- und Kriminalpolizei ausgeübt wird.

¹²³ Wegen erheblicher Gefahren oder wichtiger Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung getroffene gesetzliche Regelungen einzelner Lebens- und Sachbereiche, z. B. Gewerbe-, Gesundheits- und Feuer„polizei“; gegenüber juristischen Personen des Privatrechts auch als vorbeugende Verfassungskontrolle.

¹²⁴ Statt vieler ausf. Köttgen, HdSW Bd. IX, S. 738 f.

¹²⁵ Vgl. Köttgen, aaO, S. 738—739—; Nawiasky-Leusser-Schweiger-Zacher, BV, Art. 55, Rn. 13 (S. 17).

fand diese Kontrollkompetenz gegenüber dem Organisationsbereich der mittelbaren Staatsverwaltung eine intensitätsbedingte Differenzierung: als „Spielarten“ mittelbarer Staatsverwaltung wurden entsprechend den Modalitäten jeweiliger Aufsichtsverhältnisse die Kategorien der Auftrags-, Selbst- und Eigenverwaltung herauskristallisiert¹²⁶. Die Frage nach der staatlichen Aufsicht über Körperschaften im nur formellen Sinn sieht sich hingegen vor die Alternativen der allgemeinen staatlichen (Untertanen- und) Vereinsaufsicht und der klassischen Staatsaufsicht nach Art einer Recht- bzw. Zweckmäßigkeitskontrolle gestellt.

2. Aufsicht über Körperschaften im formellen Sinn

a) Da Körperschaften im formellen Sinn aus funktionellen Gründen nicht zum Bereich des Staatlichen zählen, mag ihre Position im Raum zwischen Individuum und Staat eine Beschränkung der staatlichen Überwachung auf die bloße Vereinsaufsicht nahelegen. Dies umsomehr, als sich die Bayerische Verfassung spezieller Aufsichtsregelungen für diese Körperschaften strikt enthalten hat. Während Art. 83 Abs. 4, 6 BV nur für Gemeinden und Gemeindeverbände gelten, betrifft Art. 77 BV ausschließlich die Organisation der allgemeinen Staatsverwaltung, zu der die hier behandelten Gebilde gerade nicht gehören. Art. 55 Ziff. 5 S. 2 BV schließlich wird ebenfalls nur auf Körperschaften im materiellen Sinn bezogen¹²⁷.

Der öffentlich-rechtliche Status, den auch die Körperschaften im nur formellen Sinn tragen, verbietet es jedoch, sich ihnen gegenüber mit einer Überwachung nach Art der allgemeinen Untertanen- bzw. Vereinsaufsicht zu begnügen.

b) Zum einen erfolgt die ideelle Subventionierung jener ehemals in privatrechtliche Form gekleideten Vereinigungen durch Zubilligung des öffentlich-rechtlichen Status nicht allein der Etikette halber. Der Staat besitzt an Existenz und Wirken dieser „honoris causa“ privilegierten Gebilde ein besonderes Interesse, ohne daß er sie aber deshalb im Wege der Neuaufnahme zu funktionell staatlichen Organisationen erheben und ihre Agenden als „hoheitsbewehrte“ staatliche Aufgaben führen müßte. So können die Angelegenheiten dieser Körperschaften unter soziologischen Gesichtspunkten immerhin mit dem Prädikat „öffentlich“¹²⁸ versehen werden. Der öffentlich-rechtliche Status der Aufgabenträger soll dementsprechend ihre faktische Relevanz für die Gesellschaft und ersichtlich auch für den Staat unterstreichen.

Es liegt auf der Hand, daß sich der Staat nach Art eines „do, ut des“-Verhältnisses bei solchen von ihm gewährten ideellen Subventionie-

¹²⁶ s. o. § 11, C. III. 2.

¹²⁷ Vgl. Nawiasky-Leusser-Schweiger-Zacher, BV, Art. 55, Rn. 13 (S. 17), Rn. 14 (S. 18 f.).

¹²⁸ s. o. § 6, A. III. 3. c.

rungen bestimmte Zugeständnisse, ja Rechte ausbedingt. Hier geht es primär um eine über die bloße Vereinsaufsicht hinwegreichende und sachbezogen motivierte Kontrolle des Gebarens derartiger Körperschaften. Denn die subventionierende Verleihung des öffentlich-rechtlichen Status läßt sich in juristischer Hinsicht mit bloßem Entgegenkommen des Staates und ohne Reservierung einer gesteigerten Aufsicht nicht rechtfertigen.

c) Zum anderen erklärt sich die notwendige Intensivierung der staatlichen Aufsicht aus dem spezifischen Rechtsschein, den der Status öffentlich-rechtlicher Organisationen prinzipiell und folglich auch bei Körperschaften im formellen Sinn erzeugt. Denn sie treten dem Bürger als „Körperschaft des öffentlichen Rechts“ gegenüber, ohne daß er ihre Funktionen und Befugnisse — etwa im Sinn der hier entwickelten Thesen — juristisch zu analysieren und einzustufen vermag. Deshalb wird der Laie — und das ist in Anbetracht dieser diffizilen Rechtsmaterie nahezu die Gesamtheit des Volkes — auch hinter Körperschaften im nur formellen Sinn bereits wegen ihres Status durchweg ein Stück Amtlichkeit und materieller Staatlichkeit vermuten.

Dieser durch bloße Formalien hervorgerufene Rechtsschein verpflichtet seinen Erzeuger, den Staat, zur Errichtung einer spezifischen Aufsicht über das Wirken jener Körperschaften¹²⁹. Denn es kann dem Staat nicht

¹²⁹ Gerade dieser Rechtsschein unterscheidet die hier behandelten Körperschaften im formellen Sinn von den *Religionsgemeinschaften*. Denn die allgemein anerkannte und auch dem Laien geläufige Sonderstellung der Kirchen verhindert, daß ihr öffentlich-rechtlicher Status den Rechtsschein des materiell Staatlichen erweckt. Bei den anderen Körperschaften im formellen Sinn ist dem juristisch unbedarften Bürger eine solche wesensbedingte Differenzierung gegenüber dem Staat erheblich erschwert. So erscheint es — abgesehen von weiteren, tragfähigeren Argumenten — angezeigt, die Religionsgemeinschaften trotz ihres öffentlich-rechtlichen Status nicht schon aus Rechtsscheinsgründen einer Staatsaufsicht im engeren Sinn, sondern nur der allgemeinen Vereinsaufsicht zu unterstellen. Dies gilt jedenfalls so weit, als dem Staat in Kirchenverträgen nicht ausdrücklich eine spezifische Überwachung, etwa im Sinne erforderlicher Zustimmung bei der Pfarrerbestellung, eingeräumt ist. Auch kann sich diese Aufsicht partiell dann ergeben, wenn eine Religionsgemeinschaft genuin staatliche Funktionen und vom Staat verliehene Kompetenzen wahrnimmt, wie sie etwa in der Partizipierung am (wesensgemäß staatlichen) Besteuerungsrecht, im Friedhofs- und Patronatsrecht und in der eigenen Hochschulfähigkeit auftauchen; vgl. dazu Obermayer, Klaus, Staatskirchenrecht im Wandel, DÖV 1967/9 ff.; Weber, Werner, Die Gegenwartslage im Staatskirchenrecht, VVDStRL 11 (1954) 153—170 f.—; dazu ferner (mit ausf. Zusammenstellung der Literatur zum öffentlich-rechtlichen Status von Religionsgemeinschaften) Fischer, Erwin, Trennung von Staat und Kirche, Frankfurt, Berlin 1971, S. 207 ff.

Vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 17. 2. 65, 1 BvR 732/64, BVerfGE 18/385—387—, Beschl. v. 28. 8. 65, 1 BvR 346/61, BVerfGE 19/1—5—; Urt. v. 14. 12. 65, 1 BvR 329/63, BVerfGE 19/288 f.; neuestens Beschl. v. 13. 1. 71, 1 BvR 671, 672/65, BVerfGE 30/112—119 f.—.

Ein bestürzendes Beispiel an krasser Verkennung der Rechtslage bietet folgende Behauptung des VG Würzburg: „Die Antragsgegnerin (Ergänzung des Verfassers: Religionsgemeinschaft!) ist eine Körperschaft des öffentlichen

anheimgestellt werden, eine rechtliche Irreführung seiner Bürger oder gar eine Mißachtung und Verletzung fundamentaler Verfassungsprinzipien durch Gebilde zu ermöglichen bzw. hinzunehmen, die den öffentlich-rechtlichen Status der Subventionierung wegen erhalten haben.

3. Gemäßigte Legalitätskontrolle

Die ideelle Subventionierung privater Sozialsubstrate durch Verleihung des öffentlich-rechtlichen Status bedingt aus Gründen des sachlichen Interesses des Staates und des formellen Rechtsscheins solcher Schöpfungen eine über die bloße „Untertanen“- bzw. Vereinsaufsicht hinausgehende staatliche Kontrolle¹³⁰. Somit hat man den öffentlich-rechtlichen Status der Körperschaften im formellen Sinn gleichsam als Indiz für ein öffentlich-rechtliches Überwachungsverhältnis zwischen dem Staat und jenen Gebilden anzusehen. Ihm entspringt eine zur unspezifizierten Untertanenaufsicht relativ gesteigerte Obhutspflicht des Staates gegenüber der jeweiligen Körperschaftsaktivität.

Zwar sind die grundlegenden materiellen Voraussetzungen für die Annahme staatlicher Ermessens- bzw. Zweckmäßigkeitsüberwachung, nämlich Teilhabe an Hoheitskompetenzen und Staatsaufgaben, nicht gegeben. Auch würde eine solch intensive Kontrolle der Individualität jedenfalls von Körperschaften im nur formellen Sinn nicht gerecht. Aber im Interesse der staatlichen Obhutsfunktion ist die Überwachung dieser Körperschaften wenigstens nach dem Beispiel gegenständig gemäßigter Legalitätskontrolle erforderlich. Sie wird sich — gestützt auf die notwendigen Informations- und Einblicksrechte — vorrangig mit der Beaufsichtigung der Verfassungstreue und der Finanzgebahrung¹³¹ aller jener Gebilde zu beschäftigen haben¹³², und von Fall zu Fall selbst nach spezielleren Gegebenheiten auszurichten sein¹³³.

Rechts; sie nimmt in dieser Eigenschaft hoheitliche Funktionen wahr. Zu diesen *hoheitlichen* Funktionen gehört auch das kirchliche *Geläute* ...“ (Beschl. v. 1. 6. 71, 391 II 71, BVBl 1972/23, mit kritischer Anm. von Stolleis, Michael).

¹³⁰ a. A.: Laufke, Staatslexikon, Bd. V, Sp. 50—51—; Preisenhammer, Peter, Mittelbare Staatsverwaltung, in Mang, Verwaltungsrecht, S. 80.

¹³¹ Dazu Vogel, Klaus, Verfassungsrechtliche Grenzen der öffentlichen Finanzkontrolle, DVBl 1971/193 f.

¹³² Vgl. zur Praxis bei Körperschaften im formellen Sinn § 38 der Satzung des Bayerischen Jugendrings (dazu s. o. § 12, B. IV.) in der vom Bayerischen Staatsministerium für Unterricht und Kultus mit Entschließung vom 4. 4. 67 (Nr. IV/5—4a/124 006) genehmigten Fassung: „Der Bayerische Jugendring untersteht als Körperschaft des öffentlichen Rechts der Aufsicht des Bayerischen Staatsministeriums für Unterricht und Kultus. Dem Bayerischen Obersten Rechnungshof steht das Recht der Überprüfung im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen zu.“ — Unter anderem geht es ersichtlich um eine Rechnungslegungspflicht zum Zwecke der Prüfung und Kontrolle der Haushaltsführung; dazu Hofferberth, DStR 1964/660—662 f.—.

¹³³ Vgl. etwa die Aufsicht des Staates über Rundfunkanstalten (s. o. § 12,

§ 13 Zusammenfassung und Ausblick

A. Ergebnis für die Körperschaftsdogmatik

Die Differenzierung der Körperschaften des öffentlichen Rechts in solche formeller und solche materieller Qualität muß an dieser Stelle ihr Bewenden haben. Besitzen die bisherigen Ergebnisse spezielles Gewicht für die allgemeine Körperschaftsdogmatik, so geht es künftig darum, sie auch der angestrebten Abgrenzung zulässiger von unzulässigen Zwangsmitgliedschaften dienstbar zu machen.

Für diese Aufgabe kann zuerst festgehalten werden, daß der öffentlich-rechtliche Status eines Gebildes nicht das entscheidende Kriterium verkörpert, aus welchem seine Zuordnung zum Staat unbesehen gefolgert werden dürfte. Angesichts der Notwendigkeit, die im Grundsatz sachgerechte Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht¹ beizubehalten, ist es vielmehr geboten, von einer nur formellen Betrachtungsweise abzugehen und an Stelle der Rechtsform der jeweiligen Organisation oder gar ihrer Handlungen vorrangig materiell-funktionelle Kriterien zur juristischen Analyse des betreffenden Rechtssubjektes heranzuziehen, also konsequent auf seine funktionelle Substanz abzustellen. Denn seitenverkehrt zum Phänomen des Beliehenen hat sich doch erwiesen, daß selbst Körperschaften existieren, die trotz ihres öffentlich-rechtlichen Status in funktioneller Hinsicht zum nichtstaatlichen Bereich der Gesellschaft gehören, also „Private“ sind.

Die Identifizierung einer Körperschaft mit dem Staat verlangt daher über die Verleihung des öffentlich-rechtlichen Status hinaus ihre Ausstattung mit materiellen Hoheitsbefugnissen und entsprechend mit staatlichen Aufgaben. Maßgeblich ist somit, ob eine juristische Person funktionell derart in den Staatszusammenhang einbezogen ist, daß sich ihr *Gesamt„status“*, und nicht nur der organisatorische, formelle Status als öffentlich-rechtlicher, d. h. staatlicher, erweist.

B. Folgerungen für die Beurteilung von Zwangskörperschaften

Was in diesem Zusammenhang das Phänomen der Zwangsmitgliedschaft betrifft, so ergibt sich aus ihrer konkreten Anordnung ein Ab-

Fn. 13); dazu: BVerfG, Urf. v. 28.2.1961, 2 BvG 1, 2/60, BVerfGE 12/205—262 f.—; „Staatsaufsicht ähnlich etwa der Banken- oder Versicherungsaufsicht“, um gem. Art. 5 Abs. 1 GG Gewähr zu leisten, daß bei diesen staatsfremden Gebilden alle gesellschaftlich relevanten Kräfte zu Wort kommen und die Freiheit der Berichterstattung unangetastet bleibt.

¹ s. o. § 9, B. III.

leitungsindiz auf die Verfügung der jeweiligen Körperschaft über Hoheitsgewalt. Solche Gebilde zählen als „Körperschaften im materiellen Sinn“ zum Bereich mittelbarer Staatsverwaltung, wo sich ihre Aktivität gewöhnlich in Selbstverwaltungsform äußert. Die von ihnen wahrgenommenen Aufgaben können im Rechtssinn als staatliche qualifiziert werden².

Rechtsprechung und überwiegende Lehre stellen die Frage nach der Abgrenzung zulässiger von unzulässigen Zwangsmitgliedschaften anhand des unbehelflichen Art. 2 Abs. 1 GG. Mit diesem Ergebnis kann sich die vorliegende Abhandlung indessen nicht begnügen³. Vielmehr muß die Zwangsmitgliedschaft bei öffentlich-rechtlichen Verbänden auch von anderen verfassungsrechtlichen Positionen als allein solchen des Art. 2 Abs. 1 GG beleuchtet werden.

Für den *Beurteilungsgegenstand* „Zwangsmitgliedschaft“ kommen als *Beurteilungsmaßstäbe* grundrechtliche und staatsorganisationsrechtliche Maximen in Betracht. So ist es denkbar, daß staatsorganisationsrechtliche Überlegungen zu Status und Funktionen öffentlich-rechtlicher Zwangsverbände auch eine Abgrenzung zulässiger von unzulässigen Pflichtmitgliedschaften eröffnen (5. Kapitel). Andererseits gebieten die zu Art. 2 Abs. 1 GG und zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gewonnenen Erkenntnisse, noch einmal auf das Grundrecht des Art. 9 Abs. 1 GG zu rekurrieren, und dort erneut die Beurteilung der Zwangsmitgliedschaft zur Diskussion zu stellen (6. Kapitel).

² Wobei aber in concreto die Zulässigkeit der Aufgabenverstaatlichung und der Wahrnehmung in mittelbarer Staatsverwaltung fraglich sein kann, s. o. § 10 C.

³ s. o. § 7, B.

Fünftes Kapitel

Zwangskörperschaft unter staatsorganisationsrechtlichen Gesichtspunkten

Überblick

Eine staatsorganisationsrechtlich geprägte Betrachtung öffentlich-rechtlicher Zwangskörperschaften betrifft hauptsächlich das Innenverhältnis des Staates. Im Vordergrund stehen Fragen zur staatlicherseits verfügbaren Gründung solcher Gebilde durch Beimessung des öffentlich-rechtlichen Status (§ 14). Ferner wird die Aufgabenzuweisung an jene zur mittelbaren Staatsverwaltung zählenden Verbände unter staatsorganisationsrechtlichem Aspekt zu würdigen sein (§ 15).

Zwar berührt die Materie der Zwangsmitgliedschaft vornehmlich das Außenverhältnis des Staates zum Bürger und wird deshalb von einer staatsorganisationsrechtlich bestimmten Untersuchung nicht unmittelbar betroffen. Trotzdem ist es nicht ausgeschlossen, daß staatsorganisationsrechtliche Maximen auch mittelbare Folgerungen für die rechtliche Beurteilung der Zwangskörperschaften zulassen (§ 16).

§ 14 Der öffentlich-rechtliche Status von Körperschaften

A. Organisationsgewalt und Organisationshoheit des Staates

Die Verleihung des öffentlich-rechtlichen Status stellt sich — wie überhaupt die Gründung von Körperschaften im materiellen Sinn — als Ausfluß der inneren Souveränität des Staates dar. Diese ermöglicht es ihm, seine organisatorische Struktur zu gestalten und seinen Verwaltungsapparat aufzubauen.

Im staatswissenschaftlich-deskriptiven Sinn erscheint zur Umschreibung jener Fähigkeit der Begriff „Organisationsgewalt“ heranziehbar. Dieser Terminus eignet sich nach der hergebrachten Nomenklatur aber nicht zur Kennzeichnung eines umfassenden, die drei staatlichen Gewalten überlagernden Attributes des Staates. Er wird daher üblicherweise eingegrenzt

auf bestimmte Kompetenzen zur Ausgestaltung der durch die Verfassung vorgezeichneten Grundorganisation des Staates und zwischen Legislative und Exekutive funktionell aufgeteilt¹. Auf die Feststellung, welche der Staatsgewalten im Einzelfall den erforderlichen Organisationsakt vorzunehmen hat, kommt es hier indes nicht mehr an¹. Es genügt, davon auszugehen, daß der Staat als solcher, als komplexes Subjekt des öffentlichen Rechts, zu seiner eigenen Organisation berufen ist.

Als treffende Bezeichnung für die hier zur Debatte stehende allgemeine und apriorische Organisationszuständigkeit des Staates bietet sich der Begriff „*Organisationshoheit*“² an. Da der Staat als Wirk- und Organisationseinheit darauf angewiesen ist, in Organisation und durch Organisation zu existieren³, ist mit seiner Staatlichkeit und Staatsgewalt eo ipso das Wesensmerkmal einer solchen über- und vorkonstitutionellen Funktion notwendig verknüpft⁴. Sie umspannt die staatlichen Gewalten und wird in konkreten Maßnahmen jener aus der Verfassung abzuleitenden Organisationsgewalt von Legislative und Exekutive realisiert.

B. Organisationshoheit und öffentlich-rechtlicher Status

Die Organisationshoheit des Staates birgt in sich sämtliche für seine Existenz erforderlichen Kompetenzen zur Herstellung, Erhaltung und Fortbildung des Staatsgefüges. Darin ist insbesondere auch die Entscheidungsfreiheit über Struktur und Modalitäten dieser Organisation konstituiert. Jenes Verfügungs„monopol“ ermöglicht es dem Staat mit- hin, sich grundsätzlich⁵ nach Belieben einzurichten⁶. Damit ist es dem Staat freigestellt, Träger zur Wahrnehmung „seiner“ Aufgaben ins Leben zu rufen, über sie zu verfügen, sie in den Bereichen der unmittelbaren bzw. — durch Ausgliederung oder Neuaufnahme — der mittelbaren Staatsverwaltung anzusiedeln, sowie den öffentlich-rechtlichen Status zu verleihen⁷. Andererseits erfährt die Organisationshoheit dort gewisse Bindungen, wo sie faktischen Gegebenheiten, etwa macht-

¹ s. o. § 12, C. I.

² Vgl. *Hohrmann*, Organisation, S. 51; *Jecht*, Anstalt, S. 43.

³ Vgl. *Böckenförde*, Organisationsgewalt, S. 32 f.

⁴ Vgl. *Ermacora*, VVDStRL 16 (1958) 205—209—; *Forsthoff*, Verwaltungsrecht, S. 409; *Haas*, Diether, Bundesgesetze über Organisation und Verfahren der Landesbehörden, AöR 80 (1955/56) 81; *Krüger*, H., VVDStRL 16 (1958) 253; *Reuß*, Grundrechte, Bd. III/1, S. 111; *Rohwer-Kahlmann*, Harry, Verfassungsrechtliche Schranken der Zustimmungsgesetze, AöR 79 (1953/54) 208—221 f.—.

⁵ d. h.: solange man lediglich auf bloße Organisationsmaßnahmen abstellt und die konkreten Funktionen entsprechender Gebilde vorerst außer acht läßt.

⁶ Vgl. *Böckenförde*, Organisationsgewalt, S. 51; *Leisner*, AöR 93 (1968) 188; *Lerche*, Arbeitskammer, S. 60; *Martens*, Öffentlich, S. 116, 161; *Reuß*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 35; *Rietdorf*, DÖV 1959/671—673—.

⁷ Vgl. *Forsthoff*, Öff. Körperschaft, S. 27 f., 41 f.; *Weber*, W., Körperschaften, S. 28 f.

politischen Umständen, dem herrschenden Sozialethos oder früheren staatlichen Entscheidungen und Selbstbeschränkungen unterliegt⁸.

Für den Erlaß organisatorischer Rechtsvorschriften bedarf der Staat als Normgeber jedenfalls keiner besonderen verfassungsrechtlichen Ermächtigung⁹. Die Art und Weise der organisationsrechtlichen Bewältigung seiner Anliegen und die Wahl bestimmter Organisationsgestaltungen ist allein Sache des gesetzgeberischen Ermessens¹⁰. Der Staat bzw. innerhalb seiner Gewaltentrias die Legislative, verfügt somit über eine „an sich unbegrenzte“¹¹ Organisationshoheit¹², auf welche der Bürger nicht einzuwirken vermag¹³.

In Bezug auf die Schaffung juristischer Personen des öffentlichen Rechts ergibt sich daraus die Folgerung, daß „in einem Staat, welcher den Gedanken der Selbstverwaltung bejaht, und in seiner Gesetzgebung verwirklicht, ... die Wahl der Organisationsform einer Körperschaft des öffentlichen Rechts nicht schon als solche“ unzulässig sein kann¹⁴. Das gilt sowohl für körperschaftliche Kreationen, die der Staat innerhalb seines eigenen Apparates (durch Ausgliederung und Neuaufnahme) vornimmt, als auch sinngemäß für die nur subventionierende Verleihung des bloßen öffentlich-rechtlichen Status an juristische Personen des Privatrechts¹⁵.

§ 15 Die Funktionen der Körperschaften im materiellen Sinn

A. Zwangskörperschaft und staatliche Aufgaben

I. Grundsätzliches zur Aufgabenzuweisung

Die auf Pflichtzugehörigkeit beruhenden Körperschaften müssen — wie mehrfach herausgestellt — wegen ihrer Verfügung über Hoheits-

⁸ Vgl. Zippelius Allg. Staatslehre, S. 53.

⁹ Vgl. Obermayer, Verwaltungsakt, S. 118.

¹⁰ Vgl. BVerfG, Urt. v. 29. 7. 59, 1 BvR 394/58, BVerfGE 10/89—102 f.—, Beschl. v. 19. 12. 62, 1 BvR 541/57, BVerfGE 15/235—242—.

¹¹ Unterliegt die Organisationshoheit faktischen Begrenzungen, so sind diese als immanente bzw. vorgegebene Wesensmerkmale, nicht aber als abwertende Hemmnisse anzusehen. Denn die Organisationshoheit erstreckt sich — wie jede Macht- und Rechtsposition — immer nur so weit, als die objektiven Möglichkeiten ihrer Realisierung reichen.

¹² Vgl. Obermayer, Verwaltungsakt, S. 118.

¹³ Vgl. Ossenbühl, VVDStRL 29 (1971) 164.

¹⁴ Vgl. BVerfG, Urt. v. 29. 7. 59, 1 BvR 394/58, BVerfGE 10/89—104—; Weber, W., Staats- und Selbstverwaltung, S. 112: „Das Grundgesetz zeichnet nach dieser Richtung nichts vor.“

¹⁵ s. o. § 12, A. III.

befugnisse zur mittelbaren Staatsverwaltung gerechnet werden. Zwar hat sich erwiesen, daß die Bildung solcher Organisationen am Merkmal des bloßen öffentlichen-rechtlichen Status nicht in Frage gestellt werden kann. Aber dem materiellen Organisationsrecht sind doch bestimmte Maximen für die Aufgabenzuweisung an Träger der mittelbaren Staatsverwaltung zu entnehmen, ohne daß hierzu eine Differenzierung der jeweiligen Körperschaftsaktivität in die Spielarten etwa der Auftrags-, Selbst- oder Eigenverwaltung erforderlich wäre. Auch erübrigt es sich, auf die unterschiedlichen Modalitäten der körperschaftlichen Entstehung, wie Ausgliederung und Neuaufnahme, abzustellen.

Körperschaften im materiellen Sinne partizipieren an der Wahrnehmung von Staatsaufgaben. An sich genießt der Staat eine weite Freiheit, nicht nur unbehelligt seine Organisation zu gestalten, sondern darüberhinaus seine Funktionen und Aufgaben selbst zu bestimmen. Die Verfassung setzt jedoch gewisse äußerste Schranken, welche eine zweifache Problematisierung der Agendenzuweisung an Gebilde der mittelbaren Staatsverwaltung aufzuzeigen vermögen.

Zunächst handelt es sich um die vorrangige Frage nach der Zulässigkeit staatlicher Wahrnehmung einer konkreten Aufgabe. Sodann ist zu klären, ob eine an sich zulässige Staatsaufgabe der mittelbaren Staatsverwaltung zur Erledigung überlassen werden darf¹.

Eignet der ersteren Frage nach Schranken der Agendenverstaatlichung auch eine staatsorganisationsrechtliche Komponente, so sind diese doch primär grundrechtlicher Provenienz, d. h. sie besitzen spezifische Bedeutung für das Verhältnis des Staates zu seinen Bürgern. Im Rahmen des gegenwärtigen Untersuchungsabschnittes ist jedoch das Augenmerk auf unmittelbar staatsorganisationsrechtliche, d. h. das Innenverhältnis des Staates betreffende Vorgänge zu richten. Die nähere Erörterung jener grundrechtlich bedingten Schranken für die quantitative Ausdehnung der Staatsverwaltung sei daher vorläufig zurückgestellt².

II. Wahrnehmung von Staatsaufgaben in mittelbarer Staatsverwaltung

Ging es zuvor in Anlehnung an die These des „*nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*“ noch darum, daß eine Körperschaft im materiellen Sinn nicht mehr Aufgaben „haben“ darf, als dem Staat selbst zugestanden werden können, so bestätigt sich beim Blick auf die

¹ s. o. § 10, C.

² Dazu s. u. § 19, B. II. 2.

mittelbare Staatsverwaltung nunmehr die Notwendigkeit einer Differenzierung zwischen den staatlichen Aufgaben selbst³. Denn der Staat sieht sich mitunter aus Rechtsgründen gehindert, zulässige Staatsaufgaben im Wege der Ausgliederung an Körperschaften des öffentlichen Rechts zu übertragen bzw. diesen unter Verzicht auf unmittelbare Wahrnehmung im Wege der Neuaufnahme zuzuteilen. Diese Situation gewinnt plastische Anschaulichkeit durch eine Würdigung des Verhältnisses zwischen spezifischen Staatsaufgaben und mittelbarer Staatsverwaltung.

B. Körperschaft und spezifische Staatsaufgaben

Hinsichtlich der zur mittelbaren Staatsverwaltung zählenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts, ergibt sich eine staatsorganisationsrechtlich bedingte Differenzierung der wesensgemäß, spezifisch staatlichen Aufgaben⁴ in solche Agenden, die unmittelbar staatlich wahrgenommen werden müssen und andere, deren Erledigung auch durch mittelbar staatliche Verwaltungsträger zulässig ist.

I. Notwendigkeit der ausschließlichen Wahrnehmung spezifischer Staatsaufgaben in unmittelbarer Staatsverwaltung

Hierzu erweist sich, daß der Staat Materien, mit deren Innehabung er sein „staatliches Imperium untermauert“⁵ oder die seiner Selbstdarstellung dienen — die ihm also schon ihrer Natur gemäß notwendig zugeordnet sind — in eigener und unmittelbarer Führung behalten muß.

Dieses Gebot ist in der Regel der Verfassung und den von ihr getragenen Zuständigkeitsnormen zu entnehmen. Wo solche positive Bestimmungen fehlen, rückt der für Innehabung und Ausübung staatlicher Gewalt maßgebliche Grundsatz organisatorischer Einheit und Unmittelbarkeit der Verwaltung in den Vordergrund, wie er sich in der parlamentarischen Demokratie aus dem Wesen der Regierungsgewalt ableitet. Denn auf den Gebieten der staatlichen Macht- und Rechtsfunktion sowie der Selbstdarstellung des Staates offenbart sich die Unvereinbarkeit der zentrifugalen Tendenz etwa auf Selbstverwaltung beruhender Zwangskörperschaften mit der Verantwortlichkeit der Exekutive gegenüber dem Parlament. Die bloße Staatsaufsicht über

³ Vgl. bereits o. § 10, B. I. 4. d.

⁴ s. o. § 10, B. II.

⁵ Vgl. *Jellinek*, G., Gesetz und Verordnung, S. 385.

diese Gebilde vermag — unabhängig ob „nur“ Legalitäts- oder auch Ermessenskontrolle — die erforderliche parlamentarische Überwachung mangels Leitungs- und Weisungsmöglichkeiten⁶ nicht zu gewährleisten⁷.

Im Ergebnis sieht sich die mehr oder weniger sezessionistische Neigung der Glieder mittelbarer Staatsverwaltung nicht nur anlässlich ihrer formellen Gründung vom funktionellen und institutionellen Gesetzesvorbehalt⁸ gebremst, sondern auch durch staatsorganisationsrechtliche Maximen für die konkrete Aufgabenzuteilung⁹.

Die Notwendigkeit staatsunmittelbarer Wahrnehmung gilt etwa für die Instituierung und Bereithaltung staatlicher Rechtspflege und Gerichtsbarkeit¹⁰, für Außenpolitik¹¹, Öffentlichkeitsarbeit¹², Verteidigungs-

⁶ s.o. § 12, C. I. 2. und 4.

⁷ Dagegen besteht kein Grund, den Gemeinden die Wahrnehmung solcher Agenden zu verwehren, da sie im Auftragsbereich bzw. im Bereich ihrer Pflichtaufgaben nach Weisung als unterste Instanz eines durchgehenden Verwaltungszuges in die Behördenhierarchie der allgemeinen Staatsverwaltung einbezogen sind; Beispiel: Gemeindepolizei als spezifische Staatsaufgabe; vgl. *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften, S. 390 f.; *Scheuner*, Öff. Körperschaften, S. 815.

⁸ Vgl. ausf. *Böckenförde*, Organisationsgewalt, S. 96 f.; *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971) 187 f.; *BVerfG*, Urt. v. 27. 4. 59, 2 BvF 2/58, BVerfGE 9/268—281 f.—; zur Untermauerung dieser These darf aber nicht auf Art. 33 Abs. 4 GG zurückgegriffen werden, da Beamte im Bereich der mittelbaren Staatsverwaltung ebenso eingesetzt werden, wie in der staatsunmittelbaren Verwaltung: hier wie dort sind Hoheitsfunktionen im Spiel; unrichtig jedenfalls *Erler*, Selbstverwaltung, S. 28 f., welcher ausführt, jede staatliche Aufgabe könne der unmittelbaren zugunsten der mittelbaren Staatsverwaltung entzogen bzw. vorenthalten werden.

⁹ Damit wird der Auffassung widersprochen, die Gerichtsbarkeit verkörpere eine originär staatliche Funktion, weil sie zur Herstellung und Bewahrung des Rechtsfriedens wie für den Bestand der Staatlichkeit unerlässlich sei (so *Krüger*, H., Allg. Staatslehre, S. 769). Vielmehr ist es der dem Staat vorgegebenen Funktion der Errichtung seiner Rechtsordnung überlassen, zu regeln, wie die Pflege dieses Rechts erfolgen soll, ob ausschließlich durch den Staat selbst oder durch nicht zum Staatsapparat gehörige Rechtssubjekte. Daß sich im heutigen Staat die Gerichtsbarkeit tatsächlich als eine seiner spezifischen Aufgaben darstellt, rührt folglich von der Verfassungsordnung (Art. 92, 101 GG) und nicht von staatsrechtlichen Erwägungen her; vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 5. 5. 64, 1 BvL 8/62, BVerfGE 17/371—376—.

Gegen die Ausgliederung der Berufs- und Ehrengerichtsbarkeit aus der (unmittelbar) staatlichen Gerichtsbarkeit werden wegen ihres eng umgrenzten Personen- und Sachbereiches keine Einwände erhoben, vgl. *Husmann*, Hermann, Verfassungsmäßigkeit der anwaltlichen Ehrengerichtsbarkeit, NJW 1970/ 1070 f.; ders., Nochmals: Zur Verfassungsmäßigkeit der Standesgerichtsbarkeit der freien Berufe, NJW 1971/1021 f.; *Scheuner*, Öff. Körperschaften, S. 815; *Varrentrapp*, Eberhard, Zur Verfassungsmäßigkeit der Berufsgerichtsbarkeit der freien Berufe, NJW 1971/127 f.; zum Verfahren vor dem Ehrengerichtshof selbst vgl. *BGH*, Urt. v. 5. 2. 71, I ZR 118/69, NJW 1971/705 f.

Zur Betriebsjustiz vgl. *Baur*, Fritz, Betriebsjustiz, JZ 1965/163 f.; *Galperin*, Hans, Betriebsjustiz, ihre Zulässigkeit, ihre Grenzen, BB 1970/933 f.

wesen¹² und Sicherheitspolizei¹³, gilt im Steuerstaat für die Abgabenerhebung¹⁴, gilt dort, wo einheitliche verbindliche Entscheidungen mit Geltungsanspruch für das gesamte Staatswesen notwendig sind, zum Beispiel auf den Gebieten der Regelung von Staatsangehörigkeit und Personenstand¹⁵, des öffentlichen Beurkundungswesens¹⁶, der Festlegung von Maßen und Gewichten, der Errichtung und Erhaltung von Währungshoheit, wie der Schaffung gesetzlicher Zahlungsmittel¹⁷, und schließlich der Verleihung staatlicher Auszeichnungen¹⁸.

II. Zulässigkeit der Wahrnehmung spezifischer Staatsaufgaben in auch mittelbarer Staatsverwaltung

Auf der anderen Seite findet sich eine Reihe von Agenden, welche zwar ebenfalls zur Kategorie der spezifischen Staatsaufgaben zählen, deren Wahrnehmung aber auch durch Glieder der mittelbaren Staatsverwaltung zulässig ist.

In diesen Bereich fallen vornehmlich Materien, die zu den notwendig staatsunmittelbar zu erledigenden Aufgaben in derart enger Beziehung stehen, daß sie noch als spezifisch staatliche Agenden anerkannt werden müssen.

Sie sind dazu bestimmt, jene ausschließlich und unmittelbar dem Staat zukommenden Angelegenheiten unterstützend und ergänzend zu begleiten, insbesondere zu fördern, sowie die erreichten Erfolge aufrechtzuerhalten und zu schützen. Diese Tätigkeiten stellen sich ebenfalls dar als Ausfluß des staatlichen Macht- und Rechtszweckes und als Geltendmachung staatlichen Imperiums¹⁹.

¹⁰ Als staatliche Selbstdarstellung nach außen, vgl. Wolff, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. I, § 3 III (S. 22); Bd. II, § 84 II b (S. 164); vgl. Art. 32, 87 GG; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 87, Rn. 20.

¹¹ Als staatliche Selbstdarstellung nach innen, vgl. Leisner, Öffentlichkeitsarbeit, S. 151 u. passim.

¹² Vgl. Art. 87 b, 65 a GG; vgl. Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 87 b, Rn. 2.

¹³ z. B. die Gemeindepolizei (s. o. Fn. 7); zur Sonderstellung der Bahnpolizei vgl. Kottge, Joachim, Bahnpolizei und Ordnungswidrigkeiten des Straßenverkehrs, DVBl 1970/482 f.; Weber, Werner, Die Befugnisse der Bahnpolizei zur Ahndung von Ordnungswidrigkeiten des Straßenverkehrs durch Verwarnung auf dem Gebiet der Bahnanlage, DÖV 1970/145 f.

¹⁴ Vgl. Wolff, H. J., Verwaltungsrecht, aaO; Art. 105 ff. GG.

¹⁵ Vgl. Wolff, H. J., Verwaltungsrecht, aaO; Art. 74 Nr. 2 GG, § 1 PStG.

¹⁶ Vgl. BVerfG, Urt. v. 5. 5. 64, 1 BvL 8/62, BVerfGE 17/371—377—.

¹⁷ Vgl. Badura, Verwaltungsmonopol, S. 95, 108 m. w. Nachw.; Grasser, Walter, Münzregal und Notenmonopol, DÖV 1972/381; Krüger, H., Allg. Staatslehre, S. 771.

¹⁸ Vgl. Wolff, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. I, § 3 III (S. 22), Bd. II, § 84 II b (S. 164).

¹⁹ Vgl. Leisner, Werbefernsehen, S. 14 f.; ders., AöR 93 (1968) 184, jeweils m. w. Nachw.

Zur Sparte dieser nach wie vor ausschließlich dem Staat aufgetragenen, von ihm aber nicht notwendig in unmittelbarer Verwaltung wahrzunehmenden Agenden können beispielsweise gezählt werden: Wirtschafts- und Gewerbeaufsicht und Randgebiete polizeilicher Natur²⁰, wie etwa im Wasserrecht²¹, bei Feuer- und Gesundheits-, „polizei“²², in der Flugsicherung²³ und im Eichwesen²⁴, bei der Kraftfahrzeugüberwachung²⁵ und der Währungspolitik²⁶. Auch die Funktion des Schiedsmannes und die beurkundende Tätigkeit des Notars werden hierzu gerechnet²⁷.

²⁰ Vgl. *Ellwein*, Einführung, S. 38 f.; *Scheuner*, Öff. Körperschaften, S. 815.

²¹ Vgl. die Bundesanstalten für Gewässerkunde und für Wasserbau (§ 45 Abs. 3 WaStrG v. 2. 4. 68, BGBl II, S. 173) und die nach der Ersten Wasserverbandsverordnung v. 3. 9. 37 (RGBl I, S. 933) errichteten Wasserverbände (zu den wasserpolizeilichen Befugnissen vgl. *Weber*, W., Staats- und Selbstverwaltung, S. 108 f., 118).

²² Vgl. die Bayerische Landesbrandversicherungsanstalt, eine selbständige juristische Person des öffentlichen Rechts; zu ihrer Aktivität als Monopolbetrieb vgl. *Obermayer* und *Steiner*, NJW 1969/1457 ff.

²³ Vgl. die Bundesanstalt für Flugsicherung (G. v. 23. 3. 53, BGBl I, S. 70).

²⁴ Vgl. die Bayerische Landesgewerbeanstalt, eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, der unter anderem ein elektrisches Prüfamt zur amtlichen Beglaubigung von Meßgeräten für Elektrizität angehört.

²⁵ Zur Rechtsstellung des amtlichen anerkannten Sachverständigen und Prüfers eines Technischen Überwachungsvereins als Beliehenen: vgl. *Herschel*, Staatsentlastende Tätigkeit, S. 244 f.; *Sauer*, DVBl 1970/486 f.; *Steiner*, Jus 1969/69—74—; ders., DÖV 1970/526 f.; den einzelnen Verein (TÜV) selbst bezeichnen als Beliehenen: *Bachof*, AöR 83 (1958) 233, Fn. 32; *Rupp*, Privateigentum, S. 19 ff. m. w. Nachw.; *BGH*, Urt. v. 30. 11. 67, VII ZR 34/65, NJW 1968/443 ff.

Beide Ansichten ablehnend: *Forsthoff*, Verwaltungsrecht, S. 458, Fn. 3; *Klein*, H. H., DÖV 1965/755—758 f.—; *Peters*, Aufgaben, S. 877, 884 f.; *Siebert*, Rechtsstellung, S. 15 f., 25 f.; *Wolff*, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. III, § 134 III a 5 (S. 100).

²⁶ Vgl. Maßnahmen zum Schutz der Währung und Kaufkraft, welche der Deutschen Bundesbank als bundesunmittelbarer juristischer Person des öffentlichen Rechts (§ 2 S. 1 BBankG) aufgegeben sind; vgl. *Ellwein*, Einführung, S. 55; *Forsthoff*, Ernst, Der Entwurf eines Zweiten Vermögensbildungsgesetzes, BB 1965/381—389—; *Scheuner*, Ulrich, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 29 (1971) 249.

²⁷ Zu Notar und Schiedsmann als Beliehenen vgl. *Wolff*, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. II, § 104 I b (S. 388) m. w. Nachw.; *BVerfG*, Beschl. v. 5. 5. 64, 1 BvL 8/62, BVerfGE 17/371—376 f.—; das Notariat steht der originären Staatsaufgabe der Rechtspflege „nahe“; *BGH*, Urt. v. 11. 12. 61, III ZR 172/60, BGHZ 36/193—196 f.—; der Schiedsmann nimmt als Organ der Rechtspflege eine staatliche Aufgabe wahr.

§ 16 Einfluß des Staatsorganisationsrechts auf die Beurteilung von Zwangskörperschaften?

A. Allgemeines

Dem Staatsorganisationsrecht können unmittelbare Aussagen zur Abgrenzung zulässiger von unzulässigen Zwangsmitgliedschaften nicht entnommen werden. Erörterenswert ist allerdings die Frage, ob aus Verstößen gegen staatsorganisationsrechtliche Maximen nicht etwa *mittelbare* Folgerungen für die Beurteilung der Zwangskörperschaften abzuleiten sind.

Hierzu hat sich erwiesen, daß die formelle Verleihung des öffentlich-rechtlichen *Status* an mitgliedschaftlich strukturierte Gebilde abstrakt für sich nicht unzulässig sein kann¹. Die Problematisierung von Körperschaftsgründungen tritt erst in Zusammenhang mit der konkreten *Funktionszuweisung* auf. Wenn auch Status und Funktionen juristischer Personen des öffentlichen Rechts in der Praxis als geschlossene Einheit angesehen werden und eine öffentlich-rechtliche Körperschaft ohne Aufgabenstellung schon begrifflich nicht denkbar ist², so lassen sich diese beiden Elemente zum Zwecke einer rechtlichen Analyse wohl trennen.

Nimmt eine Zwangskörperschaft folglich Funktionen wahr, die aus Rechtsgründen der staatsfreien privaten oder der unmittelbar staatlichen Betätigung vorbehalten sind, so besteht an dieser Stelle der Arbeit Veranlassung, die staatsorganisationsrechtlich bedingten Auswirkungen derartiger Verstöße zu ergründen.

B. Auswirkung unzulässiger Körperschaftsagenden auf den öffentlich-rechtlichen Status?

Bei Verletzung staatsorganisationsrechtlicher Maximen durch die konkrete Aufgabenübertragung an einen körperschaftlichen Verband wird seine öffentlich-rechtliche Organisationsform für verfassungswidrig erachtet. Die Freiheit des Staates, seine Organisation zu gestalten, bestehe nur, als sie nicht zu unrechtmäßigen Kompetenzzuweisungen führt bzw. „um die (zulässigen) Verwaltungsfunktionen besser erfüllen zu können“³. Bei Wahrnehmung (notwendig) staatsfrem-

¹ s. o. § 14, B.

² s. o. § 3, A. II. 3. und IV.

³ Vgl. *Brohm*, Strukturen, S. 70, Fn. 8, 177; ähnlich *Jecht*, Anstalt, S. 92 f.; auch *Rupp*, VVDStRL 27 (1969) 136: Formenmißbrauch, wenn zur Durch-

der oder unmittelbar staatlich zu führender Agenden durch eine juristische Person sei dementsprechend der öffentlich-rechtliche Status formenmißbräuchlich gewählt und daher nichtig³.

Obschon diese Ansicht auf den ersten Blick bestechen mag, findet sie bei ihrer Undifferenziertheit doch keine Stütze im geltenden Recht. Vielmehr ist die Notwendigkeit evident, zwischen den potentiell „unzulässigen“ Aufgaben zu unterscheiden. Dabei finden sich solche, die als staatsfremde nicht verstaatlicht werden *dürfen* und andere, die als spezifisch staatliche in unmittelbar staatlicher Verwaltung geführt werden *müssen*. Zur dogmatischen Präzisierung der folgenden Gedanken sei (vorerst) davon ausgegangen, daß die jeweilige Körperschaft ausschließlich mit Agenden der einen bzw. anderen Qualität befaßt ist. Auf die praxisnahen Probleme funktioneller Mischbestände wird in späterem Zusammenhang zurückzukommen sein⁴.

I. Wären einer Körperschaft oder sonst einer juristischen Person des öffentlichen Rechts Materien zugewiesen, die als sog. *spezifische* Staatsaufgaben ausschließlich der unmittelbaren Staatsverwaltung vorbehalten sind, so folgt aus der Unzulässigkeit dieser Betätigung⁵, daß es sich in Wahrheit um ein Gebilde ohne eigenen Agendenfundus handelt. Damit fehlt es der Körperschaft an einem begriffswesentlichen Mindestanfordernis⁶. Der öffentlich-rechtliche Status entpuppt sich mangels Existenz eines körperschaftlichen Objekts als gegenstandslos⁷. Insofern könnte der skizzierten Auffassung von der Nichtigkeit der öffentlich-rechtlichen Organisationsform beigespflichtet werden.

II. Das Problem unzulässiger Aufgabenübertragung an Körperschaften der mittelbaren Staatsverwaltung stellt sich in quantitativ erheblicherem Umfang dort, wo einem öffentlich-rechtlichen Verband *staatsfremde* Aufgaben zugewiesen sind. Hier ist der geschilderten These von der Nichtigkeit des öffentlich-rechtlichen Status jenes Gebildes die Gefolgschaft zu verweigern. Denn weder von Verfassung noch Gesetz her ist erwiesen oder auch nur angedeutet, daß die öffentlich-rechtliche Organisationsform tatsächlich stehe und falle mit der Wahrnehmung zulässig staatlicher Aufgaben.

setzung hoheitsfremder Aufgaben hoheitsrechtliche Organisationstypen (sc. öffentlich-rechtlicher Status?) verwendet werden; Weber, W., JJB 8 (1967/68) 138 f.

⁴ s. u. § 19, B. IV.

⁵ Etwa im Fall einer öffentlich-rechtlichen Anstalt, der die Verteidigungsaufgabe der Bundeswehr (s. o. § 15, B. I.) übertragen wird.

⁶ s. o. § 3, A. II. 3.

⁷ Zwar werden die der Körperschaftsbildung entsprechenden *actus contrarii* zu Recht von staatlichem Tätigwerden abhängig gemacht; im hiesigen Fall besitzt die staatlich verfügte Abschaffung einer solchen Nicht-Körperschaft jedoch allenfalls deklaratorischen Charakter.

Im Gegenteil: über das Beispiel der Religionsgemeinschaften hinaus haben die bisherigen Untersuchungen zum Bereich der Körperschaften im nur formellen Sinn gezeigt, daß selbst private Sozialgebilde — ohne mit Hoheitsgewalt ausgestattet und an der Wahrnehmung von Staatsaufgaben beteiligt zu sein — in verfassungsrechtlich akzeptabler Weise mit dem öffentlich-rechtlichen Status bekleidet werden können⁸. Auch finden sich bei näherem Hinsehen andere Beispiele juristischer Personen des öffentlichen Rechts, deren Zuordnung zur mittelbaren Staatsverwaltung wegen der Rechtsnatur ihrer Aufgaben Zweifeln unterliegt. Stellvertretend für alle derartigen Fälle sei nur die privatwirtschaftlich-wettbewerbliche, also gewinnorientierte Aktivität öffentlich-rechtlicher Sachversicherungsanstalten⁹, Kreditinstitute¹⁰ und Sparkassen¹¹ sowie die notwendig staatsfreie Betätigung der Rundfunkanstalten¹² angesprochen. Trotz erheblicher Zweifel daran, ob es sich bei diesen Angelegenheiten zulässigerweise um „staatliche“ Aufgaben handelt, wurde der öffentlich-rechtliche Status seitens des Staates bislang nicht angetastet. Solches erübrigt sich auch, sofern man diese Gebilde in Anlehnung an die hier entwickelte Differenzierung der Körperschaften aus dem Bezug zur mittelbaren Staatsverwaltung herauslöst und sie als (nicht hoheitsbewehrte) juristische Personen des öffentlichen Rechts im nur formellen Sinne versteht und behandelt¹³.

Wenn folglich Zwangskörperschaften Aufgaben wahrnehmen, deren Erledigung im Rahmen mittelbarer Staatsverwaltung wegen der Unzulässigkeit ihrer Verstaatlichung unhaltbar erscheint, besteht gegenwärtig kein Anlaß, deshalb ihren öffentlich-rechtlichen Status für hin-

⁸ s. o. § 12, A. III.

⁹ Vgl. Obermayer und Steiner, NJW 1967/1457—1462— (vor allem zur Beurteilung dieser Monopole aus Art. 12 Abs. 1 GG); auch Gonschorek, Karl, Die verfassungsrechtliche Problematik der Versicherungsmonopolanstalten in der Gebäudeversicherung, Diss. Göttingen, 1970; s. auch u. § 18, Fn. 23.

¹⁰ a. A. BVerwG, Urt. v. 28. 12. 71, I CB 16/66, DÖV 1972/350 f., das den Sparkassen „öffentlich-rechtliche Aufgabenerfüllung“ zuspricht; zur Thematik allg. vgl. Haas, Eckart, Die juristische Person des öffentlichen Rechts als Wettbewerbsunternehmen, Diss. Hamburg 1959; Peitzsch, Wolfram, Konkursfähigkeit der öffentlich-rechtlichen Kreditanstalten in Bayern, BVBl 1971/178—254, 256—; Thiele, Willi, Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute einschließlich der Großbanken, DVBl 1970/200 f.

¹¹ Vgl. Jecht, Anstalt, S. 93; Twiehaus, Kreditinstitute, S. 146 f.; die frühere Aufgabe der Sparkassen, den Sparsinn der Bevölkerung zu wecken, ist längst dem weitverzweigten und einträglichen „Geldgeschäft“ eines potenten Kreditgebers gewichen.

¹² s. o. § 12, Fn. 13.

¹³ Allerdings bedarf es in diesen Fällen konsequenter Wahrung jener dann maßgeblichen Prämissen nach Art des Verbotes, Beamte zu „haben“ bzw. einzusetzen, sowie der Notwendigkeit einer staatlichen Rechtmäßigkeitskontrolle (s. o. § 12, C. II. und III.).

fällig zu erachten. Denn am Beispiel der Körperschaften im nur formellen Sinn hat sich erwiesen, daß zwischen Rechtsform und Funktion ein staatsrechtlich verbindlicher Konnex — im Sinne notwendiger qualitativer Identität — nicht existiert. Auf einem anderen Blatt steht dagegen die Frage nach dem rechtlichen Schicksal einer gleichzeitigen Zwangsmitgliedschaft¹⁴. Der eine Körperschaft umgebende öffentlich-rechtliche Status ist jedenfalls unter staatsorganisationsrechtlichen Aspekten und unbeschadet staatlicher Aufhebung nur bei notwendig staatsunmittelbarer Qualität ihrer Aufgaben gegenstandslos, nicht aber bei unzulässiger Agendenverstaatlichung.

C. Staatsorganisationsrecht, Bürger und Zwangsmitgliedschaft

I. Bei der abschließenden Suche nach Auswirkungen staatsorganisationsrechtlicher Grundsätze auf die Beurteilung von Zwangsmitgliedschaften und nach den Möglichkeiten des Bürgers, daraus Rechte herzuleiten, bedarf es zuerst einer Erörterung der *materiellen* Rechtslage.

Im Falle der Gegenstandslosigkeit einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft wegen der Notwendigkeit *unmittelbar* staatlicher Wahrnehmung der zugewiesenen Aufgaben ist auch einer etwa angeordneten Zwangsmitgliedschaft eo ipso der Boden entzogen¹⁵. Dagegen muß die Diskrepanz der (unzulässigen!) Wahrnehmung *staatsfremder* Aufgaben in mittelbarer Staatsverwaltung angesichts der Zwangsmitgliedschaft auf andere Weise gelöst werden. Denn auch hier handelt es sich im Grunde nicht um ein Problem des öffentlich-rechtlichen Status. Das hat die Dogmatik der Körperschaft im nur formellen Sinn erwiesen. Im Mittelpunkt steht vielmehr das Merkmal der Teilhabe materieller Körperschaften an Hoheitsgewalt, an Hoheitskompetenzen.

Agenden, die von Verfassungen wegen individueller bzw. gesellschaftlicher Betätigung Privater vorbehalten sind, eignen sich nicht für die bei staatlicher Wahrnehmung gegebene Verfügung des Aufgabenträgers über öffentliche Gewalt. Soll eine mit derartigen Materien betraute Körperschaft Verfassungskonformität erlangen, so ist der Staat gehalten, ihr die Hoheitsbefugnisse, also auch eine etwa verfügte Zwangsmitgliedschaft, zu entziehen. Damit fiele sie als Körperschaft im formellen Sinn aus dem Bereich der (mittelbar) staatlichen Verwaltung heraus, ohne jedoch ihre Aufgabenstellung preisgeben zu müssen.

¹⁴ Dazu gleich anschließend.

¹⁵ Zur grundrechtlichen Lösung s. u. §§ 17—20.

Vielmehr erlangen ihre Agenden nun in konkreter Weise die ihnen rechtlich zukommende Qualität privater, weil staatsfremder, Aufgaben.

II. Bei der Frage nach *prozessualen* Behelfen des Bürgers zum Staatsorganisationsrecht wird offenbar, daß die Verfassung weder eine allgemeine Rechtsinstanz errichtet, noch Rechtspositionen des Bürgers geschaffen hat, anhand deren es ihm eröffnet wäre, die Einhaltung der staatsorganisationsrechtlich relevanten Maximen durch den Staat zu erzwingen. Mag der Bürger mitunter imstande sein, beim Angriff auf Rechtshandlungen von Körperschaften zugleich eine inzidente Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit ihrer jeweils ausgeübten Funktionen ins Werk zu setzen, so eignet ihm — auch mangels rechtlichen Betroffenseins — doch grundsätzlich kein unmittelbares Recht auf Anfechtung staatsorganisationsrechtlich zweifel- oder fehlerhafter *Aufgabenzuweisungen*.

Eine staatsorganisationsrechtlich motivierte Kontrolle körperschaftlicher Agenden ist unmittelbar zulässig nur im Wege der durch die Verfassung eingeräumten prozessualen Behelfe aus Art. 93 Abs. 1 Ziff. 2 und Art. 100 Abs. 1 GG. Dort geht es um eine abstrakte und konkrete Normenkontrolle etwa des Gesetzes, welches der jeweiligen juristischen Person und ihren Funktionen zugrunde liegt. Diese Überprüfung vermag der einzelne aber nicht in seiner Eigenschaft als Staatsbürger einzuleiten. Sie bedingt vielmehr eine Richtervorlage oder — im Bund-Länder-Verhältnis — das Vorgehen des jeweils betroffenen Gemeinwesens¹⁶. Wo der Staat eine Materie unzulässigerweise „verstaatlicht“ oder „delegiert“ hat, eröffnet das Organisationsrecht dem Bürger mithin keinen unmittelbaren Anspruch auf staatliches Abstandsnehmen von solchem Gebaren¹⁷.

Für die Probleme, welche im Außenverhältnis zwischen öffentlich-rechtlicher Körperschaft und Bürger erwachsen, insbesondere für die Entwicklung konkreter Behelfe zur Überprüfung von *Zwangsmitgliedschaften*, gibt eine nur staatsorganisationsrechtlich orientierte Analyse ebenfalls nichts her: sie bezog sich allzu einseitig auf das Innenverhältnis der staatlichen Apparatur, als auf die dabei in den Hintergrund gerückten Fragen des Zwangsbeischlusses. Selbst bei Verletzung staatsorganisationsrechtlicher Maximen durch die konkrete Funktionszuweisung an eine Körperschaft wird die zugleich bestehende Zwangsmitgliedschaft aus allein solchen organisatorischen Titeln nicht über-

¹⁶ Zu staatsorganisationsrechtlichen Streitigkeiten und diesbezüglichem Rechtsweg, vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 2. 5. 67, 1 BvR 578/63, *BVerfGE* 21/362—370 ff.—.

¹⁷ Diese Injustiziabilität verstößt nicht gegen Art. 19 Abs. 4 GG, da eine Rechtsverletzung des einzelnen Bürgers allein durch organisatorische Maßnahmen im Aufgabensektor ausscheidet; vgl. *Eyermann*, *Erich — Fröhler*, *Ludwig*, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 5. Aufl., München 1971, § 40, Rn. 61.

prüfbar. Denn das Staatsorganisationsrecht gewährt dem Bürger auch keine Handhabe, die gerichtliche Kontrolle einer Pflichtzugehörigkeit zu erzwingen.

Die anzuschließenden Überlegungen müssen sich auf Grund der themabedingten Unbehelflichkeit des Staatsorganisationsrechts in Zwangsmitgliedschaftssachen wieder auf die Grundrechte und ihre Eigenschaft als individualrechtliche Abwehrpositionen des Bürgers besinnen. Im Rahmen einer darauf konzentrierten Betrachtung gilt es, tragfähige Erkenntnisse für die den einzelnen berührenden Wirkungen des Außenverhältnisses öffentlich-rechtlicher Zwangsverbände anzustreben und zur Abgrenzung zulässiger von unzulässigen Zwangsmitgliedschaften vorzustoßen.

Sechstes Kapitel

Zwangsmitgliedschaft unter grundrechtlichen Gesichtspunkten des Art. 9 Abs. 1 GG

Überblick

Die zu Art. 2 Abs. 1 GG, zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, zum Körperschaftsbegriff und aus dem Staatsorganisationsrecht gewonnenen Ergebnisse veranlassen, für die Beurteilung der Zulässigkeit von Zwangsmitgliedschaften noch einmal auf das Grundrecht des Art. 9 Abs. 1 GG¹ zu rekurrieren². Die anstehende Untersuchung

¹ Die individuelle *Koalitionsfreiheit* des Art. 9 Abs. 3 GG ist in diesem Zusammenhang ohne primäre Bedeutung. Sie verkörpert gegenüber der (allgemeinen) *Vereinigungsfreiheit* des Art. 9 Abs. 1 GG nach überwiegender und bejahenswerter Auffassung nur eine Sonderregelung für frei gebildete und staatsunabhängige Assoziationen nach Art der Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften. Dagegen betrifft Art. 9 Abs. 3 GG die Vereinigungsfreiheit jener zu Zwangsverbänden der mittelbaren Staatsverwaltung herangezogenen Rechtssubjekte nicht unmittelbar; vgl. ausf. *Pathe*, DVBl 1950/663—664 f.; *Weber*, W., DÖV 1952/705—709—; vgl. auch *Däubler-Mayer-Maly*, Neg. Koalitionsfreiheit, S. 11, 34 f.; *Dietz*, Grundrechte, Bd. III/1, S. 417—436—; *Füßlein*, Grundrechte, Bd. II, S. 432; *Hamann*, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 105; *Huber*, E. R., Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. II, S. 369, 373, 384; von *Mangoldt-Klein*, GG, Art. 9 Erl. V ff.; *Nikisch*, Arthur, Arbeitsrecht, Bd. II, 2. Aufl., Tübingen 1959, S. 5 f., 9; *Nipperdey*, Hans Carl, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. II/1, 7. Aufl., Berlin u. Frankfurt 1966, S. 82 f., 88, 98; *Piepenstock*, Wolfgang, Politische Vereinigungen unter dem Grundgesetz, Berlin 1971, S. 11 f., 13 f.; *Reuß*, Wilhelm, Die Stellung der Koalitionen in der geltenden Rechtsordnung, in *Das Arbeitsrecht der Gegenwart*, Bd. I, Berlin 1964, S. 144 ff., 146, 149.

² Allerdings vermögen Zwangskörperschaften mit der ebenfalls in Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten, hier aber hintanzustellenden *kollektiven* Koalitionsfreiheit von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden zu kollidieren. Ausf. zu Art. 9 Abs. 3 GG: *Däubler-Mayer-Maly*, Neg. Koalitionsfreiheit, S. 28, 47 und passim; *Koch*, Gernot, Koalitionsschutz und Fernbleiberecht, Diss. München 1970; *Ramm*, Thilo, Der Koalitionsbegriff, RdA 1968/412 f.; *Säcker*, Franz-Jürgen, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, Düsseldorf 1969; *Scholz*, Koalitionsfreiheit, S. 267 ff.

Nicht nur Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände, sondern auch „die anderen großen (privatrechtlichen) Zusammenschlüsse mit umfassender wirtschaftlicher Zweckrichtung (Wirtschaftsverbände, Bauernverbände, Kartellvereinigungen, Konsumvereinigungen usw.)“ will *Dürig*, Günter, Art. 9 Grundgesetz in der Kartellproblematik, NJW 1955/729 (Fn. 9) unter Art. 9 Abs. 3 GG subsumieren.

wird beherrscht vom Problem der „richtigen“ Auslegung dieser Grundrechtsnorm. Dabei ergeben sich naturgemäß auch Fragen zu den Methoden der Verfassungsinterpretation. Allerdings erlaubt der Rahmen vorliegender Abhandlung nicht, in die Diskussion um grundrechtliche Hermeneutik einzutreten³. Festgehalten sei jedoch, daß statt einer „nur“ grammatisch, logisch, historisch oder systematisch orientierten, also „klassisch juristischen“ Auslegung⁴ der Vorzug jener Methode einzuräumen ist, welche sich primär auf die *ratio legis* konzentriert. Anerkennung gebührt allein der *teleologischen* Gesetzes- und Verfassungsinterpretation, weil „wie die gesamte Rechtsordnung, so auch jeder ihrer einzelnen Teile einem Telos unterworfen ist“⁵. Um allerdings das Telos zu ermitteln, muß man auch (!) grammatisch, logisch, historisch und systematisch vorgehen.

So steht bereits bei Betrachtung des Verhältnisses zwischen Art. 9 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG jener systematische Aspekt im Vordergrund der teleologischen Auslegung. Denn einzelne Verfassungsbestimmungen können nicht aus sich selbst gedeutet werden, sondern sind als punktuelle Aussagen innerhalb der komplexen grundgesetzlichen Wertordnung zu betrachten. In dieser Hinsicht wird der innere Zusammenhang der Verfassung, vor allem der Konnex zwischen General- und Einzelgarantien, die Notwendigkeit extensiver Ausdeutung der Spezialverbürgungen belegen — und die Einsicht, daß Art. 9 Abs. 1 GG öffentlich-rechtliche Zwangsverbände nicht schon *a priori* ignoriert (§ 17).

Die nachfolgende Interpretation des Art. 9 Abs. 1 GG als solchen hat die Unhaltbarkeit jener Lehre aufzuzeigen, welche eine Anwendung dieser Grundrechtsnorm gegenüber öffentlich-rechtlichen Zwangszusammenschlüssen allein wegen deren Status scheitern läßt (§ 18).

³ Dazu ausführlich: Obermayer, NJW 1966/1885—1886 ff.—; Zippelius, Reinhold, Einführung in die juristische Methodenlehre, München 1971.

⁴ So Forsthoff, Ernst, Zur Problematik der Verfassungsauslegung, Stuttgart 1961, S. 31, 34; ders., Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in Festschrift für Carl Schmitt, Berlin 1959, S. 35 f.

⁵ Vgl. Obermayer, NJW 1966/1885—1888— m.w.Nachw.; ferner Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin u. Göttingen 1969, S. 301 f., 311 ff.; Leisner, Walter, Betrachtungen zur Verfassungsauslegung, DÖV 1961/641—644—; Ossenbühl, Fritz, Probleme und Wege der Verfassungsauslegung, DÖV 1965/649—652—; Zippelius, wie Fn. 3, S. 57 ff. (58); aus den zahlreichen Entscheidungen des BVerfG vgl. insbesondere: BVerfG, Urt. v. 23.10.51, 2 BvG 1/51; BVerfGE 1/14—32 f.—; Beschl. v. 23.10.58, 1 BvL 45/56, BVerfGE 8/210—221—; Beschl. v. 15.12.59, 1 BvL 10/55, BVerfGE 10/234—244—; Beschl. v. 17.5.60, 2 BvL 11/59 u. a., BVerfGE 11/126—130—; Beschl. v. 11.12.62, 2 BvL 2/60 u. a.; BVerfGE 15/167—194 f.—; Beschl. v. 4.11.65, 2 BvR 91, 271/64, BVerfGE 19/290—300 f.—; Beschl. v. 14.5.68, 2 BvR 544/63, BVerfGE 23/289—316—; Beschl. v. 26.5.70, 1 BvR 83/69 u. a., BVerfGE 28/243—259—.

Vielmehr ist an Stelle des überkommenen formellen Verständnisses auf eine materielle, funktionsbezogene Analyse des Vereinigungsbegriffs abzustellen, so daß unter den Aspekten des Art. 9 Abs. 1 GG auch eine Beurteilung öffentlich-rechtlicher Zwangskörperschaften eröffnet wird (§ 19).

Wo nach dieser Methode das Fernbleiberecht des Art. 9 Abs. 1 GG erst bei zulässiger Verstaatlichung der jeweiligen Körperschaftsfunktionen ausscheidet, bestimmt sich die Verfassungsmäßigkeit der konkreten Zwangsmitgliedschaft schließlich nach der (im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 GG zu ermittelnden) Erforderlichkeit des Organisationszwanges selbst (§ 20).

§ 17 Die Auslegung des Art. 9 Abs. 1 GG unter Berücksichtigung seines Verhältnisses zu Art. 2 Abs. 1 GG

A. Verhältnis zwischen Art. 2 Abs. 1 GG und den Einzelgrundrechten

I. Art. 2 Abs. 1 GG als Grundrecht im Sinne eines subjektiv-öffentlichen Rechts

Die Beantwortung der Frage nach dem Verhältnis zwischen Art. 2 Abs. 1 GG¹ und Art. 9 Abs. 1 GG² erfordert zunächst die dogmatische Einstufung des Grundrechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit. Denn mit einer etwaigen Verneinung³ der subjektiv-rechtlichen Qualität des von Art. 2 Abs. 1 GG eingeräumten Rechts sich jeder weitere Gedanke an eine Konkurrenzsituation zwischen dieser Bestimmung und dem individuellen Freiheitsrecht des Art. 9 Abs. 1 GG erübrigen. Art. 2 Abs. 1 GG wäre danach

¹ Allgemein dazu s. o. §§ 5, 7 und § 20 (A. II. 2. und B. I.).

² s. o. § 5, A.

Umfangreiches Schrifttumsverzeichnis speziell zu Art. 9 GG bei Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 9, vor Rn. 1; von Münch, BK, Art. 9 Erl. IV, nach Rn. 195.

³ So aus Gründen der Unbestimmtheit der sprachlichen Fassung von Art. 2 Abs. 1 GG und wegen drohender Aushöhlung und Überbeanspruchung bei Einstufung als Grundrecht: Haas, Diether, Freie Entfaltung der Persönlichkeit, DÖV 1954/70 f.; von Mangoldt-Klein, GG, Art. 2 Erl. III 5 a b; Wehrhahn, AöR 82 (1957) 250—272—; Wertenbruch, Wilhelm, Der Grundrechtsbegriff und Art. 2 Abs. 1 GG, DVBl 1958/481—484 f.—.

auf eine nur objektiv-rechtliche Funktion⁴ beschränkt und allenfalls für die Auslegung der diversen Einzelgrundrechte (Art. 2 Abs. 2, Art. 4 ff. GG) verwendbar.

Einem derart restriktiven Verständnis der Rechtsnatur von Art. 2 Abs. 1 GG kann jedoch nicht beigeprägt werden. Vielmehr muß Art. 2 Abs. 1 GG auch als eine grundrechtliche Sicherung der individuellen Freiheit, als subjektiv-öffentliches Recht, angesehen werden. Das ergibt sich einmal aus der Stellung dieser Norm unter der Überschrift „Die Grundrechte“ und zum anderen aus Art. 1 Abs. 3 GG, wo von den „nachfolgenden Grundrechten“ die Rede ist⁵.

Wenn auch diese formalen Gesichtspunkte nur eine Vermutung für die Grundrechtsqualität der sich dem Art. 1 Abs. 3 GG anschließenden Bestimmungen auslösen⁶, so bestätigt der enge sachliche Zusammenhang zwischen Art. 2 Abs. 1 GG und jener Norm⁷ diese Qualifizierung. Denn der Menschenwürdegehalt von Art. 1 Abs. 3 GG ist voll in das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit zu integrieren. Die Idee von der Würde des Menschen wird nämlich nur dann ausreichende Aktualisierung erfahren, wenn auch Art. 2 Abs. 1 GG als der Sicherung dieser Wertvorstellung dienendes subjektiv-öffentliches (Grund-)Recht anerkannt ist⁸. Diese Qualifizierung des Art. 2 Abs. 1 GG enthält noch keine Aussage über seine inhaltliche Tragweite und umgekehrt steht seine geringe Durchschlagskraft⁹ der Geltung als Grundrecht nicht entgegen.

II. Der Spezialitätsgrundsatz

Das Verhältnis zwischen dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG und den anderen Grundrechten der Verfassung kann unterschiedliche Wertungen erfahren. Zum ersten ist an eine „Lex generalis — lex specialis“-Relation zu denken. Diese Annahme bedingt jedoch, daß man den Gewährleistungstatbestand des Art. 2 Abs. 1 Hs. 1 GG nicht in einer engen Auslegung nur auf den Persönlichkeitskern¹⁰ beschränkt. Ein solches Verständnis würde es verbieten, Art. 2 Abs. 1 GG als lex generalis gegenüber den Einzelfreiheitsrechten anzusehen. Denn deren Gewährleistungen reichen — zum Teil

⁴ Nach st. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verkörpern die Grundrechte nicht nur individuelle, liberale Abwehrpositionen des Bürgers gegen den Staat, sondern auch objektive, institutionelle Normen, die ein Wertsystem statuieren, welches als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Lebensbereiche Geltung beansprucht, vgl. *BVerfG*, Urt. v. 17. 8. 56, 1 BvB 2/51, *BVerfGE* 5/85—204 f.—; Urt. v. 16. 1. 57, 1 BvR 253/56, *BVerfGE* 6/32—40 f.—; zum Doppelcharakter der Grundrechte vgl. statt mancher *Scheuner*, *VVDStRL* 22 (1965) 56, 94 f., 204; ders., *DÖV* 1971/505 f.; *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip, S. 284 f.

⁵ Vgl. *Nipperdey*, Grundrechte, Bd. IV/2, S. 744.

⁶ Vgl. *Maunz-Dürig-Herzog*, GG, Art. 2 I, Rn. 5.

⁷ So *Maunz-Dürig-Herzog*, GG, Art. 2 I, Rn. 1; *Scheuner*, *DÖV* 1971/505—507—; differenzierend: von *Mangoldt-Klein*, GG Art. 2 Erl. III; vgl. auch *BVerfG*, Urt. v. 16. 1. 57, 1 BvR 253/56, *BVerfGE* 6/32—36—.

⁸ Vgl. *Maunz-Dürig-Herzog*, GG, aaO; *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 64 f.; *Nipperdey*, Grundrechte, Bd. IV/2, S. 742, 758; *Wintrich*, Problematik, S. 20 f.; *BVerfG*, aaO.

⁹ s. o. § 7.

¹⁰ s. o. § 7, A. II.

erheblich — über jenen engen Kernbedarf der Persönlichkeitsentfaltung hinaus.

Zum anderen kann es sich bei den Einzelverbürgungen um Grundrechte handeln, die von Art. 2 Abs. 1 GG wesensgemäß abgelöst und unabhängig sind. Sie stehen dann gleichberechtigt neben dieser Norm, gehen ihr nicht als *leges speciales* vor und müssen zusammen mit bzw. neben ihr Anwendung finden¹¹.

Der Vorzug ist jener ersteren Auffassung einzuräumen. Damit wird zugleich die Persönlichkeitskerntheorie zu Art. 2 Abs. 1 GG abgelehnt¹². Denn sie ist mit Sinn und Entstehungsgeschichte dieser Norm unvereinbar. Da sich der Mensch im Handeln entfaltet¹³, konstituiert der Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 3 GG die allgemeine Handlungsfreiheit. In teleologischer Hinsicht offenbart sich überdies, daß die Beschränkung der Entfaltungsfreiheit auf einen engen Kernbereich Verstöße gegen die Rechte anderer, die verfassungsmäßige Ordnung und das Sittengesetz weithin illusorisch werden läßt¹⁴. Auch der Entstehungsgeschichte des Art. 2 Abs. 1 GG¹⁵ ist endlich zu entnehmen, daß seitens des Verfassungsgebers der Schutz einer *allgemeinen* Handlungsfreiheit bezweckt war. Art. 2 Abs. 2 HChE, auf den Art. 2 Abs. 1 GG zurückgeht, lautete: „Jedermann hat die Freiheit, alles zu tun, was anderen nicht schadet.“

Demgegenüber propagierte Relativierungen einer bereits im Ansatz verkürzten Freiheit¹⁶ vermögen nicht zu überzeugen. Zwar ist zuzugeben, daß die Grenzen der Freiheit zum Wesen der Freiheit gehören¹⁷. Selbst angesichts der modernen Erkenntnis von der auch institutionellen Komponente der Grundrechte, rangiert in der logischen Entwicklung jeder grundrechtlichen Verbürgung an erster Stelle die unbekümmerte Idee umfassender Freiheits-sicherung. Diese nach wie vor zeitgemäße, klassisch liberale Komponente der Grundrechte, gesteht dem Bürger zu, all das zu tun, was ihm die Gesetze nicht verbieten¹⁸.

¹¹ So BVerwG, Urt. v. 22. 2. 62, II C 145/69, BVerwGE 14/21—27—; Urt. v. 5. 5. 64, VIII C 81/62, BVerwGE 18/254—268—; auch wenn von „Konkurrenz“ die Rede ist, prüft das Gericht das Einzelfreiheitsrecht und — trotz dessen Einschlägigkeit — auch Art. 2 Abs. 1 GG; vgl. auch Huber, E. R., Wirtschafts-verwaltungsrecht, Bd. I, S. 661, welcher im Verhältnis zwischen Art. 2 Abs. 1 GG und den Einzelgrundrechten eine Garantiekonkurrenz durch Garantieüberlagerung sieht (dazu Nipperdey, Grundrechte, Bd. IV/2, S. 760 mit Hinweis auf Wehrhahn, AöR 82 (1957) 250—253, 257—); danach stehe es dem einzelnen offen, sich in concreto auf Art. 2 Abs. 1 GG oder auf das zutreffende Einzelgrundrecht oder auf beide Normen miteinander zu berufen; ähnlich Scheuner, DÖV 1971/505—508—.

¹² Ausf. dazu Evers, AöR 90 (1965) 88—90 ff.—.

¹³ Vgl. Hamann-Lenz, GG, Art. 2 Erl. B 3 a; Scholtissek, Herbert, Innere Grenzen der Freiheitsrechte, NJW 1952/561—563—.

¹⁴ s. o. § 7, A. II.; vgl. auch Nipperdey, Grundrechte, Bd. IV/2, S. 300.

¹⁵ Vgl. Matz, JöR 1 (1951) 54—56 f., 59 f.—; Scholtissek, aaO; Wintrich, Problematik, S. 26 f.; BVerfG, Urt. v. 16. 1. 57, 1 BvR 253/56, BVerfGE 6/32—36 f.—.

¹⁶ Repräsentativ neuerdings Scheuner, DÖV 1971/505—507 f.—.

¹⁷ s. o. § 5, Fn. 7.

¹⁸ Vgl. Evers, AöR 90 (1965) 88—95—; BGH, Gutachten v. 28. 4. 52, VRG 3/52, DVBl 1953/471—472—: „unbestimmte, zeitgebundene Vorstellung von dem Recht auf Entfalten (Ausleben) der Persönlichkeit“.

Etwa erforderliche Limitierungen der Freiheit setzen voraus, daß diese überhaupt in *ungeschmälertem* Zustand existiert. Ein umgekehrtes Verständnis der Abfolge von Freiheitsverbürgungen enthält trotz unumgänglicher Gemeinschaftsbindung unlogische und reaktionäre Züge. Denn es stützt sich auf die pessimistische These, daß grundsätzlich alles verboten bzw. gebunden sei und Freiheitsspalten nur dort aufbrechen, wo sie ausdrücklich zugestanden werden. Und in enger Nachbarschaft dazu findet sich die Tendenz, an Stelle gebotener Verfassungsmäßigkeit der Gesetze abzugleiten zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung¹⁹.

Das dem Wesen liberal-grundrechtlicher Inspirationen im Sinne der Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG anhaftende optimistisch weite Verständnis der freien Persönlichkeitsentfaltung ermöglicht es, in den Normen der Art. 2 Abs. 2 und Art. 4 ff. GG Gewährleistungen zu erblicken, die bestimmte Ausschnitte der allgemeinen Handlungsfreiheit unter speziellen Grundrechtsschutz stellen. Sind diese Einzelverbürgungen in rechtshistorischer und inhaltlicher Hinsicht auch von unterschiedlicher Entstehung, bilden sie also entwicklungs-mäßig nicht den idealen und erschöpfenden „Ausfluß eines allgemeinen Prinzips“²⁰, so hindert das nicht, in ihrem gegenwärtigen Bestand punktuelle Garantien einer fundamentalen allgemeinen Handlungsfreiheit zu erblicken. Im konkreten Fall wird deshalb der von Art. 2 Abs. 1 GG umfaßte und inhaltlich dem Schutzbereich eines Einzelgrundrechts identische Sektor der allgemeinen Handlungsfreiheit bei tatbestandlicher Anwendbarkeit der einschlägigen *lex specialis* „thematisch verbraucht“²¹. Art. 2 Abs. 1 GG gewinnt folglich nur eigenständige Relevanz, wo Einzelgrundrechte nicht eingreifen. Dort besteht ebenfalls „rechtliche, nämlich verfassungsrechtlich gewährleistete Freiheit“²². Denn in diesen, von Spezialverbürgungen nicht gedeckten Ausschnitten des allgemeinen menschlichen Entfaltungsbereiches — wie etwa im Falle des Begehrens nach Ausreisefreiheit²³ — nimmt unter der Maxime möglichst lückenlosen Grundrechtsschutzes²⁴ Art. 2 Abs. 1 GG als *lex generalis* die Funktion des Auffanggrundrechts²⁵ ein. Ansonsten gehen die Grundrechtsbestimmungen der Art. 2 Abs. 2 und Art. 4 ff. GG als *leges speciales* gegenüber der *lex generalis* des Art. 2 Abs. 1 GG vor.

¹⁹ Nachweise s. o. § 7, Fn. 3.

²⁰ So Scheuner, DÖV 1971/505—507 f.—.

²¹ Vgl. Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 2 I, Rn. 6; Nipperdey, Grundrechte, Bd. IV/2, S. 761 f.

²² Vgl. Schmidt, AöR 91 (1966) 42—58, 76 f.—.

²³ Vgl. BVerfG, Urt. v. 16. 1. 57, 1 BvR 253/56, BVerfGE 6/32—41—; der Katalog der Einzelgrundrechte ist weder eine unveränderliche Ewigkeitsentscheidung (vgl. Leisner, Walter, Betrachtungen zur Verfassungsauslegung, DÖV 1961/641—653—) noch eine allumfassende, vollkommene Charta punktueller Freiheitsverbürgungen, sondern aus seiner geschichtlichen und menschlichen Bedingtheit zwangsläufig lückenhaft. So muß Art. 2 Abs. 1 GG auf Bundesebene beispielsweise auch die Schutzfunktion übernehmen, welche etwa das spezielle Grundrecht des Art. 143 Abs. 3 S. 1 BV erbringt: die Gewährleistung des Rechts auf Genuß der Naturschönheiten und Erholung in der freien Natur.

²⁴ Ausfüllung der Wertschutzlücken als eine von der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG aufgegebenen Verpflichtung, vgl. Maunz-Dürig-Herzog, Art. 1, Rn. 5 f., 10, 11, 55, 87, 88, 91; Art. 2 I, Rn. 1—4; Nipperdey, Grundrechte, Bd. IV/2, S. 764; Zippelius, Wertungsprobleme, S. 152 f., 174.

²⁵ Vgl. Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 1 II, Rn. 88; Art. 2 I, Rn. 6; Art. 18, Rn. 2; Dürig, Urteilsanmerkung, JZ 1957/169—170—; Hamann—Lenz, GG,

B. Vorrangigkeit des Art. 9 Abs. 1 GG gegenüber Art. 2 Abs. 1 GG

Hinsichtlich einer Beurteilung der Zwangsmitgliedschaft bei öffentlich-rechtlichen Gebilden hat das Bundesverfassungsgericht das Einzelgrundrecht des Art. 9 Abs. 1 GG für nicht anwendbar erachtet²⁶ und deshalb als *lex generalis* die Norm des Art. 2 Abs. 1 GG herangezogen. In Übereinstimmung mit der nahezu einhelligen Auffassung der Lehre sah sich das Gericht an der Verwendung des Art. 9 Abs. 1 GG wegen seines Wortlautes gehindert: jedoch nicht deshalb, weil Art. 9 Abs. 1 GG expressiv *verbis* lediglich die positive Vereinigungsfreiheit gewährleiste, sondern auf Grund der Annahme, daß dieses Grundrecht von „Vereinen und Gesellschaften“ nur in privatrechtlich-formaler Terminologie, nicht dagegen von Verbänden mit öffentlich-rechtlichem Status spreche.

Diese Judikatur legt zuvorderst nahe, die Alternativen inhaltlich-tatbestandlicher Abgrenzung zwischen General- und Einzelgarantie näher zu beleuchten. Sie gibt den Ausschlag, ob Art. 2 Abs. 1 GG oder — wegen des Spezialitätsgrundsatzes — das jeweilige Einzelgrundrecht als Beurteilungsmaßstab für den zur Debatte stehenden Vorgang bzw. Eingriff herangezogen werden.

I. Abgrenzung zwischen General- und Einzelgarantie

1. Grundsätzliches

Eine Generalgarantie bzw. Auffangnorm muß, um für möglichst zahlreiche und verschiedenartige Sachverhalte Anwendung finden zu können, möglichst weit konzipiert sein.

Bezogen auf die Grundrechte hat deren Hauptfreiheitsrecht folglich eine sehr umfangreiche Gewährleistung abzugeben, damit die jeweiligen Einzelverbürgerungen überhaupt er- und umfaßt werden können. Denn nur so lassen sich in die Generalgarantie auch die eventuellen

Art. 2 Erl. A 3 b; *Larenz*, Karl, Das „allgemeine Persönlichkeitsrecht“ im Recht der unerlaubten Handlungen, NJW 1955/521—525—; *Nipperdey*, Grundrechte, Bd. IV/2, S. 758 ff.

BVerfG, Urt. v. 20. 10. 54, 1 BvR 572/52, BVerfGE 4/52—57—; Urt. v. 16. 1. 57, 1 BvR 253/56, BVerfGE 6/32—37—; Urt. v. 11. 6. 58, 1 BvR 596/56, BVerfGE 7/377—386—; Beschl. v. 16. 6. 59, 1 BvR 71/57, BVerfGE 9/338—343—; Beschl. v. 25. 2. 60, 1 BvR 239/52, BVerfGE 10/354—363—; deutlich: Urt. v. 14. 12. 65, 1 BvR 413, 416/60, BVerfGE 19/206—225—; Beschl. v. 5. 3. 68, 1 BvR 579/67, BVerfGE 23/127—135—; abweichend (wohl auf Grund mangelnder terminologischer Genauigkeit) Beschl. v. 12. 11. 58, 2 BvL 4/56 u. a., BVerfGE 8/274—329—; Beschl. v. 14. 7. 59, 1 BvL 28/57, BVerfGE 10/55—59—.

²⁶ s. o. § 5, A.

Lücken zwischen den Einzelgarantien einbeziehen, welche geeignet sind, im konkreten Fall akute Freiheitsprobleme heraufzubeschwören. Ihre Lösung erscheint nur möglich, wenn eine ausreichend weite Auffangnorm präsent ist²⁷.

Umgekehrt erfordert die Rechtsordnung der Industriegesellschaft eine Unzahl von Bestimmungen und Vorschriften zur Regelung des Zusammenlebens der Menschen, die umso häufiger zur Tangierung der Generalfreiheitsverbürgung führen werden, je stärker die Rechtsgemeinschaft zusammenrückt und je subtiler sich die zur Normierung anstehenden Verhältnisse gestalten. Eine möglichst weite Generalgarantie hat sich notwendigerweise mit hohen Einschränkungsmöglichkeiten abzufinden, ohne daß damit bereits eine Verunsicherung grundrechtlicher Positionen verknüpft sein muß²⁸. Denn einmal ist festzuhalten, daß die gegenüber der Generalgarantie denkbaren Schranken allenfalls so weit reichen dürfen, als ein letzter unantastbarer Kern der freien Persönlichkeitsentfaltung — ihr Wesensgehalt im Sinne des Art. 19 Abs. 2 GG — nicht berührt bzw. beeinträchtigt wird. Zum anderen enthalten die Einzelgrundrechte derart spezifische Regelungen, Abstufungen und Vorbehalte, daß es als unzulässig angesehen werden muß, wenn ihre Selbständigkeit und Spezialität gegenüber der Generalgarantie durch eine vehemente Übernahme der Generalschranken egalisiert würde.

Ergibt sich nun im Einzelfall das akute Problem der Verfassungsmäßigkeit eines staatlichen Eingriffs in bestimmte grundrechtlich geschützte Positionen, so kann eine Beurteilung anhand des Hauptfreiheitsrechts als auch eines Einzelgrundrechts im Bereich des Möglichen liegen. Unter momentaner Außerachtlassung des Spezialitätsgrundsatzes fragt sich, ob die Anwendung der Generalgarantie gegenüber der einer Einzelverbürgung unterschiedliche Ergebnisse zu bewirken vermag.

Beispielsweise ist denkbar, daß die Verfassungsmäßigkeit der in Rede stehenden staatlichen Maßnahme bei Anwendung des Einzelgrundrechts erheblichen Zweifeln unterliegt, weil einmal der spezifische Grundrechtstatbestand oder zum anderen der fehlende Gesetzesvorbehalt dieser Norm den Eingriff nicht rechtfertigen. Bei Überprüfung des gleichen Sachverhalts anhand des Generalfreiheitsrechts lassen sich da-

²⁷ Wollte man dagegen mit der Persönlichkeitskerntheorie anstatt einer weiten Generalgarantie nur einen schon a priori verkürzten Freiheitsbereich gewähren, so wird man zwangsläufig in Verlegenheit geraten: dieser enge Raum ist nicht imstande, über sich „hinauszuwachsen“. Er eignet sich nicht, um die potentiellen Lücken zwischen den ihn in der Reichweite ohnehin übertreffenden Einzelgrundrechten auf verfassungsrechtlich (Art. 1 Abs. 1 GG!) genügende Weise zu füllen.

²⁸ So aber *Scheuner*, DÖV 1971/505.

gegen dank seiner möglichen hohen Schranken und der damit verknüpften allgemeinen Eingriffsermächtigung die Bedenken zur Verfassungsmäßigkeit des staatlichen Vorgehens unter Umständen ausschalten. Diese Erscheinung wird umsomehr dann anzutreffen sein, wenn für Begründung und Rechtfertigung der Freiheitsschmälerung zu substanzlosen Blankettbegriffen Zuflucht genommen wird.

2. Abgrenzung zwischen Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 9 Abs. 1 GG

Als für solche Beurteilungsdiskrepanzen typisch erweist sich die alternative Überprüfung öffentlich-rechtlicher Zwangsverbände anhand der Art. 2 Abs. 1 und Art. 9 Abs. 1 GG. Während die erstere Norm als Hauptfreiheitsrecht im Rahmen der „verfassungsmäßigen Ordnung“ selbst Beschneidungen der freien Persönlichkeitsentfaltung durch Rechtsverordnungen, Satzungen oder gar Gewohnheitsrecht erlauben mag, besitzt das Einzelgrundrecht des Art. 9 Abs. 1 GG nicht einmal einen Gesetzesvorbehalt. Es scheint also über die straf- und staatschutzbedingten Verbote des Art. 9 Abs. 2 GG hinaus nicht begrenzbar zu sein.

Bei konkreter Beurteilung einer *Zwangsmitgliedschaft* wird diese Diskrepanz noch augenfälliger. Die Pflichtzugehörigkeit zu öffentlich-rechtlichen Gebilden tastet weder den Wesensgehalt, noch den Kernbereich der freien Persönlichkeitsentfaltung an²⁹. Unter den Aspekten des Art. 2 Abs. 1 GG gewinnt folglich die akute Frage nach den Zulässigkeitsvoraussetzungen für öffentlich-rechtliche Zwangsverbände keine ernstzunehmende Relevanz, weil taugliche Abgrenzungskriterien dort nicht erwartet werden dürfen. Dagegen mutet es im Hinblick auf Art. 9 Abs. 1 GG als geradezu unglaublich an, daß diesem speziellen Vereinigungsgrundrecht nähere Aussagen zur Beurteilung öffentlich-rechtlicher Zwangsmitgliedschaften fremd sein sollen. So läßt der Wortlaut des Art. 9 GG immerhin erkennen, daß mit der Bezugnahme der Vereinigungsfreiheit auf „Vereine und Gesellschaften“ zugleich das korrelative Fernbleiberecht gegenüber bestimmten andersartigen Gebilden ausgeschlossen wird, daß also der Verfassungsgeber ein Fernbleiberecht nicht gegenüber allen denkbaren Sozialgebilden verankern wollte. Der in Art. 87 Abs. 2, Art. 130 GG ausdrücklich übernommene Traditionsbestand bestimmter Zwangskörperschaften unterstreicht diese These. Allerdings vermag jene Übernahme eine konstitutive Sanktionierungswirkung nicht zu entfalten, sofern die Pflichtzugehörigkeit als solche im Widerspruch zu spezifisch grundrechtlichen Aussagen stehen sollte.

²⁹ s. o. § 7, A. III.

Jedenfalls wäre es verfehlt anzunehmen, Art. 9 Abs. 1 GG spreche die Zwangsmitgliedschaft bei öffentlich-rechtlichen Verbänden überhaupt nicht an. Aber der Klärung bedarf noch die Frage, anhand welcher Merkmale „Vereine und Gesellschaften“ von den Gebilden abzugrenzen sind, welche dem Fernbleiberecht nicht unterliegen. Es geht folglich um den *Vereinigungsbegriff* des Art. 9 Abs. 1 GG und im Ergebnis darum, ob er als nur formaler die verfassungsrechtliche Beurteilung öffentlich-rechtlicher Zwangsgebilde auf sich beruhen läßt und der unbehelflichen Überprüfung anhand des Art. 2 Abs. 1 GG ausliefert, oder ob er für diese Beurteilung spezifische materielle Kriterien abgibt.

Das bedeutet für die Diskussion um verfassungsrechtliche Maßstäbe zur Zulässigkeit von Zwangsmitgliedschaften: verleiht man dem Art. 9 Abs. 1 GG die übliche enge, formale Interpretation, so wird Art. 2 Abs. 1 GG als *lex generalis* auch für alle die Fälle ausschlaggebend sein, welche auf Grund dieser restriktiven Auslegung nicht mehr unter den Tatbestand des Art. 9 Abs. 1 GG subsumiert werden können — wie etwa die Pflichtzugehörigkeit bei öffentlich-rechtlichen Verbänden. Sollte Art. 9 Abs. 1 GG dagegen weitere, materielle Aussagen erlauben, so gelangt er als *lex specialis* gegenüber Art. 2 Abs. 1 GG verstärkt zur Anwendung, d. h. es könnte selbst die Überprüfung der Zwangsmitgliedschaft zu Gebilden von öffentlich-rechtlichem Status bei jener Norm einsetzen.

Die Antwort auf dieses Problem kann nur im Wege der Auslegung ermittelt werden. Bevor es jedoch möglich ist, in die spezielle Grundrechtsinterpretation einzutreten, erscheint angesichts der Alternativen zwischen Einzelverbürgung und Hauptfreiheitsrecht die grundsätzliche Klärung der Frage geboten, ob jene Entscheidung a priori bestimmten Maximen unterliegt.

II. Zurückhaltende Anwendung der Generalgarantie und extensive Auslegung der Einzelgrundrechte

1. In tatbestandlichen Grenz- und Zweifelsfällen

Divergierende verfassungsrechtliche Ergebnisse bei alternativer Heranziehung von General- und Einzelgarantie müssen überall dort als unabänderlich akzeptiert werden, wo für die Subsumtion eine wirkliche Wahlmöglichkeit zwischen beiden Verbürgungen nicht eröffnet ist, wo also der Spezialitätsgrundsatz schon auf den ersten Blick eingreift oder versagt. In diesen Fällen bleibt bei offensichtlicher Einschlägigkeit des Einzelgrundrechts die Auffangform außer Betracht, während umgekehrt bei tatbestandlicher Unanwendbarkeit jeglicher Einzelgarantie das Hauptfreiheitsrecht zum „Tragen“ kommt.

In tatbestandlichen Grenz- und Zweifelsfällen obliegt es der Interpretation, zu befinden, ob das Einzelgrundrecht und damit der Spezialitätsgrundsatz oder die Generalgarantie als Prüfungsmaßstab für die Freiheitsschmälerung heranzuziehen sind. Gerade diese Situation eröffnet sich bei der Beurteilung öffentlich-rechtlicher Zwangszusammenschlüsse. Denn hier entscheiden allein die Modalitäten des Vereinigungsbegriffs über die Anwendung des Art. 9 Abs. 1 oder Art. 2 Abs. 1 GG.

Ein Rückblick auf das Wesen der Generalgarantie hilft, unbeschadet späterer spezifischer Auslegung, zunächst die vom Grundgesetz vorgezeichnete Maxime für die Abwägung zwischen beiden Alternativen zu erkennen. Die mit der Gewährung eines Hauptfreiheitsrechts verbundenen hohen Einschränkungsmöglichkeiten begünstigen Zugriffe des Staates auf individuelle Freiheitsräume³⁰. Dem Bürger vermag die Auffangnorm hingegen eine über Einzelgrundrechte hinausgehende, erweiterte Freiheitssicherung nur dort zu bieten, wo ihm solche gerade nicht eingeräumt sind. In den Randzonen der Einzelgarantien wird bei enger Auslegung derselben und bevorzugter Anwendung jener weiten *lex generalis* am Ende eine Verkürzung der Freiheit zu konstatieren sein. Die Kehrseite der umfassenden Generalgarantie besteht nun einmal in den eröffneten hohen (General-) Schranken, welche prädestiniert sind, den Freiheitsdrang des Bürgers unter Berufung auf die „Rechte anderer“, das „Sittengesetz“ und vor allem die „verfassungsmäßige Ordnung“ drastisch zu bremsen³¹.

2. Prinzip höchstmöglicher Freiheitssicherung

Für Grenz- und Zweifelsfälle der Interpretation, welche sowohl Art. 2 Abs. 1 GG, als auch ein Einzelgrundrecht anwendbar erscheinen lassen, in denen also die Wirkung des Spezialitätsgrundsatzes von der Auslegung der betreffenden Normen abhängt, sei daran erinnert, daß die Verfassung und insbesondere die Grundrechte bei aller Gemeinschaftsbezogenheit und Sozialbedingtheit unter dem Prinzip höchstmöglicher Freiheitssicherung stehen³². Diese auf Art. 1 Abs. 1 GG gestützte Maxime bewirkt eine Klärung des fundamentalen Richtungsproblems in Fällen alternativer Lösungsmöglichkeiten.

Bei enger Interpretation des jeweiligen Einzelgrundrechts werden Grenzfälle nur scheinbar unter die großzügige Freiheitsgewährung der

³⁰ Vgl. Wehrhahn, AöR 82 (1957) 250—263 f.—.

³¹ Auf diese Weise können selbst Eingriffe ihre Sanktionierung finden, die bei Anlegung eines Einzelgrundrechts möglicherweise zu rügen wären.

³² Vgl. Nipperdey, Grundrechte, Bd. IV/2, S. 765; Wehrhahn, AöR 82 (1957) 250—257—.

Generalgarantie fallen. In Wahrheit geraten sie in die freiheitsbeschneidenden Mühlen der Generalschranken. Deshalb ist bei solchen Situationen von Verfassungen wegen eine extensive Auslegung des Einzelgrundrechts und eine zurückhaltende Anwendung des Generalfreiheitsrechtes geboten³³.

Damit wird zugleich eine Entlastung des Art. 2 Abs. 1 GG besorgt und die Berufung des Staates auf die Generalschranken gebremst. Auch erfährt die Funktion jenes Verfassungssatzes als Auffangnorm durch eine solche Übung keine unzulässige Einschränkung³⁴. Vielmehr bleibt Art. 2 Abs. 1 GG seiner eigentlichen Bestimmung gemäß für alle die Fälle reserviert, welche nicht unter den Schutzbereich bestimmter Einzelgrundrechte subsumiert werden können. Insbesondere wird ferner die dem Sinn spezieller Grundrechtsverbürgungen zuwiderlaufende und ausschließlich den Bürger als Schutzobjekt der Verfassung belastende Ungewißheit über die Grenze zwischen zulässigem Eingriff und unbedingter Freiheit³⁵ beseitigt und der *Primat der Freiheit* gemäß Art. 1 Abs. 1 GG in den Vordergrund gerückt. Die Einzelgrundrechte erhalten im Ergebnis das ihnen gebührende, verstärkte Eigengewicht zugesprochen, als es angesichts der verlockenden Praktikabilität des generalklauselhaften Art. 2 Abs. 1 GG weithin eingeräumt wird.

Nunmehr gilt es, zu untersuchen, ob und gegebenenfalls inwieweit das Einzelgrundrecht des Art. 9 Abs. 1 GG Raum läßt für eine an diesen allgemeinen Verfassungsmaximen orientierte Auslegung und damit für die Beurteilung der Zwangsmitgliedschaft auch bei öffentlich-rechtlichen Gebilden.

§ 18 Kritik der überkommenen formalen Betrachtungsweise des Art. 9 Abs. 1 GG

A. Argumentation der herrschenden Meinung

Nach ständiger höchstrichterlicher Judikatur und nahezu einheitlicher Lehre verbietet sich eine Heranziehung des Art. 9 Abs. 1 GG zur Beur-

³³ Vgl. Maunz-Dürig-Herzog, Art. 2 I, Rn. 10 f.; Hamann, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 58 m. w. Nachw.; Nipperdey, aaO, S. 764.

³⁴ Vgl. Nipperdey, Grundrechte, Bd. IV/2, S. 764.

³⁵ Vgl. Wehrhahn, AöR 82 (1957) 262 f.; ähnlich Scheuner, VVDStRL 22 (1965) 54.

teilung der Verfassungsmäßigkeit öffentlich-rechtlicher Zwangszusammenschlüsse, weil das im Schutzbereich jener Norm verbürgte Fernbleiberecht¹ gegenüber Gebilden dieses Status keine Wirkung entfalte². Im einzelnen operiert diese Auffassung mit einem formalen Vereinigungsbegriff³ sowie der Kongruenz zwischen positiver und negativer Vereinigungsfreiheit.

Dabei wird im wesentlichen ausgeführt, die Termini „Vereine und Gesellschaften“ (Art. 9 Abs. 1 GG) und der Oberbegriff „Vereinigungen“ (Art. 9 Abs. 2 GG) beträfen ausschließlich Gruppierungen von privatrechtlicher *Form*, für welche der auf einem privatrechtlichen Willensakt beruhende freiwillige Zusammenschluß kennzeichnend sei⁴.

Dagegen entstünden öffentlich-rechtlich verfaßte Organisationen ausnahmslos kraft staatlichen *Hoheitsakts* und dienten nicht der freien, gesellschaftlich-privaten Meinungs- und Willensbildung, sondern primär staatlichen Belangen⁵. Die Vereinigungsfreiheit des Art. 9 Abs. 1 GG beziehe sich daher nur auf Assoziationen von privatrechtlicher Form.

Da Art. 9 Abs. 1 GG ein Grundrecht auf freie Bildung öffentlich-rechtlicher Organisationen nicht verbürge, komme auch der Umkehrschluß auf ein Fernbleiberecht gegenüber solchen Verbänden nicht in Betracht. Denn die negative Vereinigungsfreiheit verkörpere ein der positiven Vereinigungsfreiheit kongruentes *Korrelat* und sei wie diese auf privatrechtlich organisierte Zusammenschlüsse beschränkt⁶.

¹ s. o. § 5, A.

² Ausf. Literatur- und Rechtsprechungsnachweise (noch ohne nähere Differenzierung), s. o. § 5, Fn. 6.

³ Unter dem Aspekt notwendiger Verfassungsmäßigkeit der Gesetze anstatt suspekter Gesetzmäßigkeit der Verfassung (s. o. § 7, Fn. 3) ist es grundrechtsdogmatisch verfehlt, zur Ermittlung des Vereinigungsbegriffs von Art. 9 Abs. 1 GG unbedarft auf § 2 VereinsG zu verweisen.

⁴ Vgl. *Hamann-Lenz*, GG, Art. 9 Erl. A 4 b, B 2; *Huber*, E. R., Literaturbesprechung, AöR 78 (1952/53) 499—507—; *Ipsen*, Zwangsversorgung, S. 39 f.; *Kaub*, Vereinigungsfreiheit, S. 27; *Kirdorf*, DÖV 1953/50—51—; *Leisner*, EvStLex, Sp. 2337—2338—; *Lynker*, Körperschaft, S. 89; von Mangoldt-Klein, GG, Art. 9 Erl. 6 a; *Maunz*, Staatsrecht, S. 166; *Maunz-Dürig-Herzog*, GG, Art. 9, Rn. 49; von *Münch*, BK, Art. 9, Rn. 52; *Richter*, VerwArch 32 (1927) 23; *Scheuner*, Öff. Körperschaften, S. 819; *Schnorr*, Vereinsrecht, § 2, Rn. 4; *Zacher*, Arbeitskammern, S. 26, 72.

⁵ Vgl. *Füßlein*, Grundrechte, Bd. II, S. 431; *Hamann*, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 104; *Hamann-Lenz*, GG, Art. 9 Erl. A 4 b; *Lynker*, Körperschaft, S. 89; *Maunz*, Staatsrecht, S. 166; *Maunz-Dürig-Herzog*, GG, Art. 9, Rn. 50; *Redeker*, DVBl 1952/201—239 f.—; *Schnorr*, Vereinsrecht, § 2, Rn. 2; *Stein*, Staatsrecht, S. 140.

⁶ Vgl. *Huber*, E. R., Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 198; *Krüger*, H., Verfassungsprobleme, S. 46; von Mangoldt-Klein, GG, Art. 9 Erl. 8; *Maunz*, Staatsrecht, S. 166; *Schneider*, Alterssicherung, S. 28; *Schnorr*, Vereinsrecht, S. 140; *Thieme*, Subsidiarität, S. 24.

B. Kritik der herrschenden Meinung

Die ersichtlich am formellen Merkmal des öffentlich-rechtlichen Status von Zwangskörperschaften orientierte Argumentation der herrschenden Ansicht hält einer Nachprüfung nicht stand. Das ergibt sich einmal aus der Indifferenz jenes Status (I.), zum anderen aus dem Geltungswillen von Art. 9 Abs. 1 GG (II.) und schließlich aus den in dieser Grundrechtsform niedergelegten Intentionen des Verfassungsgebers (III.).

I. Indifferenz des öffentlich-rechtlichen Status

Bereits die dogmatische Differenzierung der Körperschaften des öffentlichen Rechts hat neben solchen im *materiellen* Sinn die Existenz weiterer derartiger Gebilde im nur *formellen* Sinn aufgezeigt. Ihr Sozialsubstrat war erinnerlich auf freiwilliger, privater Basis erstanden. Es hat darüberhinaus seinen funktionell nichtstaatlichen Charakter selbst nach der „ehrenhalber“ erfolgten Zuerkennung des öffentlich-rechtlichen Status bewahrt. Denn zwischen äußerer Rechtsform und materieller Rechtsnatur von Rechtssubjekten besteht in der verfassungsgewohnheitsrechtlich sanktionierten Rechtswirklichkeit⁷ keine notwendige Identität. Somit kann auch nicht die Rede sein von unbedingter Ausrichtung öffentlich-rechtlich statuerter Sozialgebilde auf staatliche Materien, etwa im Sinne notwendiger Verfügung über Hoheitskompetenzen und Beteiligung an der Wahrnehmung von Staatsaufgaben.

Kollektiver Bestand und Betätigung der Körperschaften im nur formellen Sinn hängen folglich weder von der Zuerkennung noch der Beibehaltung⁸ ihrer äußerlichen Etikettierung als öffentlich-rechtliche Vereinigungen ab. Im Hinblick auf Art. 9 Abs. 1 GG muß bei ihnen daher zwischen den Vorgängen der Assoziation und der Statusverleihung differenziert werden. Die Entstehung dieser Körperschaften ist — ebenso wie die Frage des Beitritts zu oder des Verbleibens in ihnen — eine auf Freiwilligkeit beruhende, rein privatrechtliche Angelegenheit, die der Wirkung des Art. 9 Abs. 1 GG sowohl von der positiven als auch der negativen Vereinigungsfreiheit her voll unterliegen muß⁹.

⁷ s. o. § 12, A. III.

⁸ Vgl. das Geschehen um den Bayerischen Bauernverband zwischen 1945 und 1960, dazu s. o. § 12, B. III.

⁹ Ebenso im Hinblick auf Religionsgemeinschaften: Ott, Sieghart, Zur politischen Betätigung von Religionsgesellschaften und Weltanschauungsgemeinschaften, DÖV 1971/763 f.

Wegen der alleinigen Verfügung des Staates über das Öffentlich-Rechtliche besitzt der Bürger natürlich kein Recht auf Ausstattung „seiner“ Assoziation mit öffentlich-rechtlichem Status. Aber das ist hier im Grunde keine Frage der Vereinigungsfreiheit: denn bei Körperschaften im nur formellen Sinn geht es dem einzelnen primär nicht um Bildung oder Meidung einer Vereinigung von öffentlich-rechtlichem Status. Im Vordergrund steht vielmehr die materiell nichtstaatliche Struktur dieser Assoziationen, während die nachträglich hinzutretende, äußerliche Statusverleihung — im Gegensatz zu Körperschaften im materiellen Sinn — für das grundlegende Vereinigungsmoment selbst irrelevant ist und allenfalls ideell subventionierende Bedeutung besitzt¹⁰.

Immerhin entpuppt sich bereits das Argument, Art. 9 Abs. 1 GG samt Fernbleiberecht sei für öffentlich-rechtliche Zusammenschlüsse generell unanwendbar, weil sie nicht auf einem privatrechtlichen Willensakt beruhen, der staatlichen Sphäre angehören und deshalb schon der positiven Vereinigungsfreiheit nicht unterfallen, als undifferenzierter Fehlschluß.

II. Geltungswille des Art. 9 Abs. 1 GG

Weiterhin ist es mit dem Geltungswillen des Art. 9 Abs. 1 GG unvereinbar, wenn das Fernbleiberecht gegenüber *Zwangszusammenschlüssen* von öffentlich-rechtlichem Status schon im Ansatz negiert wird.

Ein solches formaljuristisches Verständnis von Art. 9 Abs. 1 GG erweckt dem Betrachter die Vision eines Staates, welchem es trotz der Existenz dieser Grundrechtsnorm freisteht, mit der Schaffung öffentlich-rechtlicher Pflichtverbände die grundgesetzliche Verbürgung der Vereinigungsfreiheit überhaupt zu unterlaufen und das gesamte gesellschaftliche und private Leben in Formen der mittelbaren Staatsverwaltung¹¹ zu organisieren und disziplinieren. Der zu erwartende Hinweis auf eine etwaige Bremsfunktion des Art. 2 Abs. 1 GG gegen solche Entartungen überzeugt nicht. Zu deutlich hat sich erwiesen, daß es dieser Grundrechtsnorm im Hinblick auf staatlich verfügte Zwangsmitgliedschaften an der notwendigen Tragweite ermangelt¹².

Abgesehen vom Fernbleiberecht würde durch eine derartige Entwicklung auch der positiven Vereinigungsfreiheit ein schnelles Ende gesetzt werden. Denn nur wirklichkeitsfremde Theorie kann behaupten, daß neben einem totalen oder auch bloß weitreichenden System öffentlich-rechtlicher Zwangsverbände reelle Chancen für parallele privatrecht-

¹⁰ Vgl. das Bayerische Rote Kreuz, den Bayerischen Jugendring usw., s. o. § 12, B.

¹¹ s. o. § 11, C. III. und § 13, B.

¹² s. o. § 7.

liche Vereinigungen eröffnet blieben¹³. Mit der vielleicht ungehinderten Gründung solcher Gebilde ist es nämlich nicht getan: die Vereinigungsfreiheit umfaßt die Verbürgung des individuellen Verbleibens in einer Assoziation sowie die Komponenten der kollektiven *Existenz-* und *Funktionsgarantie*¹⁴. Letztere Gewährleistungen erfolgen aber primär nicht um der Organisation als solcher willen. Vielmehr beabsichtigte der Verfassungsgeber, dem einzelnen Rechtssubjekt als dem Grundfaktor jedes Sozialgebildes anstatt der nackten Phrase einer nur auf die Vereinsbildung begrenzten Vereinigungsfreiheit das solide Grundrecht auf Betätigung und Verbleiben in der gewählten Assoziation zu gewähren.

Der Gedanke an ein „vivat, crescat, floreat“ privatrechtlicher Vereinigungen, die gleichgerichteten Zwangskörperschaften konfrontiert werden¹⁵, muß aber als utopisch anmuten. Denn ihr Lebensnerv, sprich „Mitgliederbestand“, wird auf die Dauer vom Kollektiv-, Organisations- und Prestigevorsprung öffentlich-rechtlicher Pflichtverbände liquidiert. Bei hemmungsloser Ausuferung staatlich verfügbarer Zwangszusammenschlüsse kann folglich nur die Illusion einer realen und reellen Vereinigungsfreiheit übrigbleiben¹⁶.

¹³ So aber *Brohm*, Strukturen, S. 278.

¹⁴ Vgl. *Fröhlich*, N.N., Die Grundzüge des Gesetzes zur Regelung des öffentlichen Vereinsrechts (Vereinsetzung) vom 5. August 1964 (BGBl. I, S. 593), DVBl. 1964/799; *Fußlein*, Grundrechte, Bd. II, S. 433; *Gastroph*, Vereinigungen, S. 64; *Hamann-Lenz*, GG, Art. 9 Erl. A 2; *Huber*, E. R., Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 250; *Kaub*, Vereinigungsfreiheit, S. 26; *Kloepfer*, Michael, Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandsschutz, München 1970, S. 18 f.; *Knauß*, Vereinigungsrecht, S. 112; *Leisner*, EvStLex, Sp. 2337—2338—; von *Mangoldt-Klein*, GG, Art. 9 Erl. III 7; *Maunz*, Staatsrecht, S. 125; *Maunz-Dürig-Herzog*, GG, Art. 9, Rn. 45, 47; Art. 9 III, Rn. 56; von *Münch*, BK, Art. 9, Rn. 16, 47; *Scheuner*, Öff. Körperschaften, S. 819; *Schnorr*, Vereinsrecht, § 1, Rn. 10; *Vossieg*, Zwangsmitgliedschaft, S. 28.

BVerfG, Beschl. v. 18. 10. 61, 1 BvR 730/57, BVerfGE 13/174—175—; Beschl. v. 24. 2. 71, 1 BvR 438/68 u. a., BVerfGE 30/227—241 f.—; vgl. zu Art. 9 Abs. 3 GG ebenso: *BVerfG*, Urt. v. 18. 11. 54, 1 BvR 629/52, BVerfGE 4/96—101—; Urt. v. 6. 5. 64, 1 BvR 79/62, BVerfGE 18/18—27—; Beschl. v. 30. 11. 65, 2 BvR 54/62, BVerfGE 19/303—321 f.—; Beschl. v. 26. 5. 70, 2 BvR 664/65, BVerfGE 28/295—305—.

Zur Klagebefugnis von Verbänden und ihrer Beschränkung im Hinblick auf Art. 9 Abs. 1 GG vgl. *Faber*, Heiko, Die Verbandsklage im Verwaltungsprozeß, Baden-Baden 1972, S. 49 ff.; *Wolf*, M., Verbände, S. 58 f. und passim; allg. siehe auch *Bleckmann*, Alfred, Klagebefugnis der Verbände im Anfechtungsprozeß, VerwArch 1972/183 f.

¹⁵ Vgl. ausf. *Quidde*, DÖV 1958/521—522 f.—, der diese Kollisionsfälle danach differenziert, ob durch die Bildung des jeweiligen Zwangsverbandes bereits bestehende privatrechtliche Vereinigungen gefährdet und schließlich eliminiert werden oder ob dadurch die erstmalige Neugründung privatrechtlicher Vereinigungen erschwert und verhindert wird.

¹⁶ Vgl. *Däubler-Mayer-Maly*, Neg. Koalitionsfreiheit, S. 34; *Gastroph*, Vereinigungen, S. 67; *Hesse*, Grundzüge, S. 166 f.; *Ipsen*, Zwangsversorgung, S. 40 f.; *Leisner*, EvStLex, Sp. 2337—2338—; *Lynger*, Körperschaft, S. 96; *Reuß*, Grundrechte, Bd. III/1, S. 123; *Schneider*, Alterssicherung, S. 29 f.; *Thieme*, Subsidiarität, S. 24; *Weber*, W., Zwangsversorgungseinrichtungen, S. 17 f.; *Zacher*, Wohlfahrtspflege, S. 105 f.; ders., Arbeitskammern, S. 28 f.

Eine solche Entwicklung muß zwangsläufig zur Verletzung von Art. 9 Abs. 1 GG führen, dessen Sinn und Zweck sich in der Gewährleistung eines freiheitlichen Vereinigungswesens erschließt. Daher bedarf es nicht der Verwirklichung jener vorgezeichneten Vision, um Art. 9 Abs. 1 GG tatsächlich zu beeinträchtigen. Bereits die Ermöglichung und Wegbereitung solcher Entartungen durch eine bestimmte Grundrechtsauslegung trägt den Makel der Verfassungswidrigkeit, ohne daß diese erst in die Tat umgesetzt werden müßte¹⁷. Damit wird die Einsicht unausweichlich, daß schon eine apriorische Eliminierung des Fernbleiberechts gegenüber Zwangsverbänden von öffentlich-rechtlichem Status den Geltungswillen des Art. 9 Abs. 1 GG sabotiert und seinen Wesensgehalt im Sinne von Art. 19 Abs. 2 GG unzulässig antastet.

III. Intentionen des Grundgesetzgebers

Schließlich bestätigt auch die Entstehungsgeschichte des Art. 9 GG, daß der Verfassungsgeber nicht beabsichtigt hatte, die negative Vereinigungsfreiheit gegenüber öffentlich-rechtlichen Gebilden generell zu versagen bzw. diese Grundrechtsnorm für die Beurteilung öffentlich-rechtlicher Zwangszusammenschlüsse a priori auszuschalten.

Lediglich das Vorhaben schon des Herrenchiemseer Konvents, „auch künftig Angehörige *bestimmter Berufe* in öffentlich-rechtlichen Organisationen verpflichtend zusammenzufassen“¹⁸ war dafür verantwortlich, daß Art. 9 Abs. 3 GG¹⁹ nach dem Konzept des Grundsatzausschusses schließlich folgenden Annex erhalten sollte: „Ein Zwang zum Beitritt darf nicht ausgeübt werden. *Ausnahmen* von diesem Verbot können für öffentlich-rechtliche Berufsverbände durch Gesetz zugelassen werden“²⁰.

¹⁷ Von den Autoren, welche die Gefahr einer „Austrocknung“ des Vereinigungsgrundrechts erkennen, stellen für das Moment der Verletzung von Art. 9 Abs. 1 GG bedauerlicherweise auf den konkreten Ernstfall und nicht schon auf die theoretische Wegbereitung durch die herrschende Interpretation dieser Grundrechtsnorm ab, vgl. *Brohm*, Strukturen, S. 272 f.; *Großmann*, RdA 1968/297–302—; *Lynker*, Körperschaft, S. 96; *Vossieg*, Zwangsmitgliedschaft, S. 33; *Zacher*, Wohlfahrtspflege, S. 106 m. w. Nachw.

¹⁸ Vgl. Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee, München, o. J., S. 22; dazu *Matz*, JöR 1 (1951) 116–117—; *Pathe*, DVBl 1950/663–665—; später äußerte sich ebenso der Parlamentarische Ausschuß für Grundsatzzfragen (Grundsatzausschuß), 32. Sitzung v. 11. 1. 1949 (Stenographischer Bericht, S. 58 ff.), welcher an Ärzte-, Apotheker- und Rechtsanwaltskammern dachte.

¹⁹ In Verkennung des Unterschiedes (s. o. 6. Kap., vor § 17, Fn. 1) zwischen (allgemeiner) Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG) und spezieller Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) bzw. zwischen öffentlich-rechtlichen Verbänden und privaten Koalitionen.

²⁰ Vgl. *Matz*, aaO, S. 124, m. w. Nachw. zur Fundstelle der Abänderungsvorschläge.

Diese Passagen wurden im weiteren Verlauf der Beratungen gestrichen und in die endgültige Fassung des Grundgesetzes nicht aufgenommen. Das bewirkte aber keine Änderung an dem während der Grundrechtsdebatten deutlich zum Ausdruck gebrachten Willen des Verfassungsgebers in Art. 9 GG neben der positiven Vereinigungsfreiheit ein generelles Fernbleiben zu verbürgen. Denn mit dem Verzicht auf die geschilderte Formulierung sollte lediglich übertriebene Kasuistik vermieden werden²¹. Im übrigen eröffnet die gewonnene Endfassung des Art. 9 GG in Abs. 1 ohnehin den Umkehrschluß auf die Garantie auch der negativen Vereinigungsfreiheit²².

Lediglich für eng umgrenzte *Ausnahmefälle* nämlich gegenüber *bestimmten* öffentlichen Berufsverbänden, sollte die Möglichkeit einer Suspension des Fernbleiberechts offengehalten werden. Diese Erkenntnis ist bedeutend: macht sie doch sichtbar, daß die Relation zwischen Art. 9 GG und öffentlich-rechtlichen Sozialgebilden nicht allein durch das formelle Merkmal ihres Status entschieden wird. Vielmehr spielen in diesem Verhältnis noch andere Kriterien eine rechtserhebliche Rolle. Allerdings gibt der Wortlaut des Art. 9 Abs. 1 GG ihre nähere Beschaffenheit und den Grad ihrer Relevanz auf den ersten Blick nicht zu erkennen. Angesichts der „ausnahmsweisen“ Versagung des Fernbleiberechts gegenüber „bestimmten Berufsverbänden“ kann im gegenwärtigen Untersuchungsstadium jedoch konstatiert werden, daß diese Merkmale gewiß nicht formaler, sondern materieller Natur sind.

C. Ergebnis

Wie dargelegt spricht Art. 9 Abs. 1 GG die Zwangsmitgliedschaft jedenfalls so weit an, als er mit seiner Bezugnahme auf „Vereine und Gesellschaften“ die Gewährleistung der negativen Vereinigungsfreiheit nicht für alle denkbaren Sozialgebilde verankern wollte. Mittlerweile ergab sich ein Doppeltes: erstens die Einsicht, daß die Vereinigungsfreiheit des Art. 9 Abs. 1 GG gegenüber Zusammenschlüssen von öffentlich-rechtlichem Status nicht schon tatbestandlich ausgeschlossen werden darf²³; zweitens die Erkenntnis, daß diese Grundrechtsnorm für die

²¹ Vgl. 44. Sitzung des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates v. 19. 1. 49, in: Parlamentarischer Rat, Verhandlungen des Hauptausschusses, Bonn 1948/49, S. 569 ff.; ebenso Huber, E. R., Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 199; von Mangoldt, Grundgesetz, S. 82; Matz, JöR 1 (1951) 116—124—m. w. Nachw.; Weber, W., DÖV 1952/705—709—.

²² s. o. § 5, A.

²³ Als Parallele bietet sich die These an, daß nicht nur Verwaltungsmonopole (s. o. § 10, B. II. 2.), sondern auch mit öffentlich-rechtlichem Status versehene Sachversicherungsmonopole, wie die Gebäudebrand- oder Tier-

Beurteilung der Zulässigkeit einer Zwangsmitgliedschaft bestimmte noch identifizierungsbedürftige materielle Kriterien abgibt²⁴.

Im Zuge der weiteren Untersuchung wird nunmehr nach der Beschaffenheit dieser Merkmale zu fragen sein und nach ihrer Relevanz gegenüber den zur Interpretation von Art. 9 Abs. 1 GG bislang herangezogenen Formalien.

§ 19 Funktionsbezogene Auslegung des Art. 9 Abs. 1 GG

A. Notwendigkeit einer funktionellen Betrachtungsweise

I. Institutionelles und funktionelles Element von Rechtssubjekten

Im Rahmen der Aufbereitung des Art. 9 Abs. 1 GG gewinnen die angesprochenen materiellen Intentionen des Verfassungsgebers besondere Bedeutung für die Auslegung der Tatbestandsmerkmale „Vereine

versicherungsanstalten in Süddeutschland, am Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG zu messen sind; ausf. vgl. Obermayer und Steiner, NJW 1969/1457 ff.

Zur Diskussion vgl. Gonschorek, Karl, Die verfassungsrechtliche Problematik der Versicherungsmonopolanstalten in der Gebäudeversicherung, Diss. Göttingen 1970; Lamm, Erich und Mlitzko, Ulrich, Versicherungszwang und Grundgesetz, DVBl 1964/941 f.; zur Zwangsmitgliedschaft bei einer Ortsviehversicherungsanstalt vgl. Ba-WüVGH, Urt. v. 5. 4. 71, I (V) 545/69, in Ba-wüVBl 1971/105 f.; s. auch Rings, W., Verwaltungsmonopole und Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz, NJW 1957/657 f.; BVerwG, Urt. v. 19. 12. 63, I C 77/60, BVerwGE 17/306 ff.

Zur Anwendung des Art. 12 Abs. 1 GG gegenüber dem „Monopol der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten“ vgl. Geiger, Hubert, Grenzen des Rundfunkmonopols, Diss. Bonn 1971; Grund, DVBl 1969/481—484—; Lerche, Rundfunkmonopol, S. 74 ff.; Thieme, Werner, Berufsfreiheit und Verwaltungsmonopole, JZ 1961/280 ff.

²⁴ Vgl. allerdings nur andeutungsweise bzw. in Vermutungen und nicht konsequent weiterentwickelt: Bullinger, Öff. Recht, S. 91; Gastroph, Vereinigungen, S. 66, Fn. 115; Hamann, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 104; Hamann-Lenz, GG, Art. 9 Erl. 4 b; Hesse, Grundzüge, S. 167; Knauß, Vereinsrecht, S. 140 f., 156 f.; Lerche, Arbeitskammer, S. 65; ders., Rundfunkmonopol, S. 94 f.; von Mangoldt, BB 1951/621; ders., Grundgesetz, Art. 9 Erl. 2; (in geschichtstypologischer Sicht:) Müller, F., Korporation, S. 344; Quidde, DÖV 1958/521—523—; Rupp, VVDStRL 27 (1969) 136; Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 272 f.; Steiner, DÖV 1970/526—532, Fn. 78—; Vossieg, Zwangsmitgliedschaft, S. 57, 59 (widersprüchlich gegenüber aaO, S. 50!).

Näher die zur Veröffentlichung anstehende Habilitationsschrift von Steiner, Udo, Öffentliche Verwaltung durch Private, Allgemeine Lehren, S. 206 f. (nach Angabe des Verfassers).

und Gesellschaften“ und damit für die Ermittlung von Sozialgebilden, welche der Vereinigungsfreiheit unterliegen, und anderen, bei denen ein Organisationszwang in Betracht kommt.

Wie dargetan kann es nicht Zweck des Art. 9 Abs. 1 GG sein, die Vereinigungsfreiheit ausschließlich gegenüber Assoziationen von bestimmter *Rechtsform* zu verbürgen oder zu versagen. Denn der Sinn etwa einer Zwangsmitgliedschaft besteht primär in der Zusammenfassung und Disziplinierung gewisser *Sachbereiche* bzw. in der optimalen Erfüllung anstehender Agenden. Dagegen verkörpert der den Pflichtverbänden gemeinhin beigegebene öffentlich-rechtliche Status nur eine sekundäre Erscheinung, allenfalls — nach überkommener Auffassung — das Mittel¹, nicht jedoch das Motiv für die Anordnung der Zwangsmitgliedschaft.

An Stelle der nur formalen Differenzierung von Vereinigungen ist es somit unumgänglich, im Zuge einer materiellen Analyse das Augenmerk auch auf jene Elemente zu richten, welche die innere Substanz von Sozialgebilden ausmachen: ihre jeweiligen Funktionen (Aufgaben) und ihre Rechtsstellung (Befugnisse).

Hierzu geben Wortlaut und Entstehungsgeschichte des Art. 9 Abs. 1 GG eine willkommene Hilfestellung: sie machen deutlich, daß die Gewährleistung der Vereinigungsfreiheit für „Vereine und Gesellschaften“, sowie ihre Nichtverbürgung gegenüber bestimmten Zusammenschlüssen von anderer Qualität auf die juristischen Alternativen einer Zuordnung zum System staatlicher bzw. privater Rechtssubjekte hinführen. Unter dem Eindruck dieser Dichotomie trifft die vorzunehmende materiell-funktionelle Analyse einmal auf die Zwecke, Belange und Agenden, welche der Sphäre des Nichtstaatlichen, Privaten angehören. Auf der anderen Seite, im Raum des Staatlichen, finden sich dagegen die mit Hoheitsgewalt² liierten materiell öffentlich-rechtlichen, also staatlichen Funktionen.

Eine nach derartigen Kriterien orientierte Differenzierung zwischen „Vereinen und Gesellschaften“ und öffentlich-rechtlichen Sozialgebilden muß die potentielle Divergenz des institutionellen und des funktionellen Elementes natürlicher wie juristischer Personen in Rechnung stellen³. So sind mit *staatlichen* Aufgaben und Hoheitsbefugnissen nicht nur Rechtssubjekte ausgestattet, denen der öffentlich-rechtliche Status eignet, sondern auch solche, die privatrechtliche Form tragen; man denke an die sog. Beliehenen. Andererseits finden sich unter den jeder

¹ Zur Haltbarkeit dieser Ansicht und damit zur Frage nach Zwangszusammenschlüssen von privatrechtlicher Form s. u. B. II. 1. b.

² Zum hiesigen Verständnis des Hoheitlichen als Kriterium des öffentlichen Rechts s. o. § 9, B. III.

³ s. o. § 6, A. III. 3. d.; § 9, B. IV.; § 12, A. III.

hoheitlichen Rechtsstellung entbehrenden Trägern *nichtstaatlicher* Funktionen neben privatrechtlich verfaßten Gebilden auch solche von öffentlich-rechtlichem Status, wie etwa Körperschaften im nur formellen Sinn⁴.

II. Primat der rein funktionsbezogenen Methode

Da zwischen formalem Status und materieller Substanz von Rechtssubjekten eine notwendige Kongruenz nicht besteht, wäre es verfehlt, bei der Auslegung des Begriffspaares „Vereine und Gesellschaften“ ausschließlich auf die materiell nichtstaatlichen Belange formal privatrechtlicher Gebilde und für öffentlich-rechtliche Vereinigungen lediglich auf materiell staatliche Funktionen formal öffentlich-rechtlicher Organisationen abzustellen.

In beiden Fällen bliebe mit den Beliehenen und den juristischen Personen des öffentlichen Rechts im nur formellen Sinn ein gewichtiger Teil funktionell staatlicher bzw. privater Rechtssubjekte unberücksichtigt. Solange die mögliche Divergenz zwischen funktionellem und institutionellem Element von Rechtssubjekten zu den Fakten der Rechtsordnung zählt, versagt eine aus übereinstimmenden materiellen und formalen Kriterien „kombinierte“ Analyse gerade dort, wo im Interesse konsequenter Systematik um die Alternativen zwischen öffentlich-rechtlichen und nichtstaatlichen Gebilden eine dezidierte juristische Stellungnahme geboten ist.

Die Grundrechtsdogmatik und die Auslegung des Art. 9 Abs. 1 GG zwingen also zur rechtlichen Kategorisierung auch jener „Mischgebilde“ und damit zur generellen Entscheidung über den Vorrang eines ihrer beiden kontroversen Faktoren. Angesichts der vorstehenden Erörterungen zum öffentlich-rechtlichen Status⁵ darf auf die Rekapitulation der Unbehelflichkeit einer formalen, statusbezogenen Betrachtungsweise wohl verzichtet werden. Die allein verbleibende und sachgerechte Entscheidung ist deshalb jene für den Primat der *funktionsbezogenen* Methode. Sie erstreckt sich auf Funktionen (Aufgaben) und Rechtsstellung (Befugnisse) jeweils zu analysierender Rechtssubjekte. Denn nur im Durchgriff durch die Rechtsform eines Sozialgebildes auf seine materielle Ausgestaltung⁶ kann beurteilt werden, ob es unter den Kreis

⁴ s. o. § 12.

⁵ s. o. § 18, B. und C.

⁶ Ähnlich für die Frage der Berufung juristischer Personen des öffentlichen Rechts auf Grundrechte im Sinne des Art. 19 Abs. 3 GG: *Bachof*, Grundrechte, Bd. III/1, S. 180 f.; ders., Verfassungsrecht, Bd. I, S. 148; ders., Diskussionsbeitrag, VVDStRL 22 (1965) 335; *Dürig*, Günter, Die Geltung der Grundrechte für den Staatsfiskus und sonstige Fiskalate, BVB1 1959/201 f.;

der „Vereine und Gesellschaften“ des Art. 9 Abs. 1 GG zu subsumieren ist oder nicht.

B. Art. 9 Abs. 1 GG und Zwangsmitgliedschaft

I. Funktioneller Vereinigungsbegriff des Art. 9 Abs. 1 GG

1. Im Gegensatz zur rein formalen Auffassung der nahezu einhelligen Lehre erfordert Art. 9 Abs. 1 GG ein ausschließlich funktionsbezogenes Verständnis seiner Tatbestandsmerkmale „Vereine und Gesellschaften“. Da dem Bürger weder ein Verfügungs- noch Teilhabeanspruch oder gar ein Freiheitsrecht auf Partizipierung an materiell staatlichen Angelegenheiten, an staatlichen Funktionen und staatlicher Gewalt eignet⁷, vermag auch Art. 9 Abs. 1 GG Rechtssubjekte staatlicher Provenienz nicht mit den der Vereinigungsfreiheit unterliegenden „Vereinen und Gesellschaften“ zu identifizieren. Alle Deutschen genießen demnach das Recht, Assoziationen von funktionell nichtstaatlicher Qualität frei zu bilden und ihnen auch fernzubleiben. Solche Zusammenschlüsse werden augenfällig dadurch gekennzeichnet, daß sie hoheitlicher Gewalt entbehren und nichtstaatliche bzw. staatsfremde⁸ Aufgaben wahrnehmen.

Die Lokalisierung jener Sozialgebilde außerhalb der funktionell staatlichen Sphäre und die dem Vereinsbild des 19. Jahrhunderts verhaftete Nomenklatur des Art. 9 Abs. 1 GG führen zunächst in den individuell-privaten Vereinigungsbereich. Eine Beschränkung der Reichweite des Vereinigungsgrundrechts auf solche „eindeutig“ bzw. „typisch privaten Verbände“⁹ ist jedoch zu eng.

Leisner, Grundrechte, S. 208 (Fn. 27 a); Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 19 III, Rn. 45 f.; Nipperdey, Grundrechte, Bd. IV/2, S. 779 (Fn. 182); Stern, AöR 84 (1959) 152; an Stelle bloßer Bezugnahme auf das „Substrat“ (Bachof, aaO) oder die „Sachwaltung privater Interessen“ (Dürig, aaO) bedarf die Analyse zu Art. 9 Abs. 1 GG jedoch der fundamentalen Auslotung von Funktionen und Befugnissen des jeweiligen Sozialgebildes.

⁷ Vgl. Köttgen, DÖV 1961/1—6—; von Mangoldt, BB 1951/621; Ule, ZfSR 1962/637—648f.—; Vossieg, Zwangsmitgliedschaft, S. 42; Zacher, Arbeitskammern, S. 28; s. auch die § 11, Fn. 53 genannten Autoren.

⁸ Zur Terminologie s. o. § 10, B. I. 4. b. und c.

⁹ Wie sie Brohm, Strukturen, S. 276 f., im Zuge seiner Verneinung von Tragfähigkeit und individualrechtlicher Qualität des Fernbleiberechts glaubt postulieren zu müssen; ebenso Lerche, Verfassungsfragen, S. 28 f., 31, dem zufolge Art. 9 Abs. 1 GG „nicht mit allen Konsequenzen voller Verfassungslegitimation auf Gebilde erstreckt werden darf, die sich der individuellen Privatsphäre entziehen“; von „charakteristisch privaten Zwecken“ spricht von Mangoldt, BB 1951/621.

2. Trotz terminologischer Verknüpfung des Art. 9 Abs. 1 GG mit einem vergangenen Säkulum handelt es sich nach Entstehung und Zweckbestimmung dieser konstitutionellen Norm um eine Grundrechtsverbürgung für das moderne Gemeinwesen des ausgehenden 20. Jahrhunderts. Neben seiner hergebracht liberalen Funktion als Individualgrundrecht enthält Art. 9 Abs. 1 GG auch die institutionell bedingte Garantie¹⁰ des soziologischen Sachverhaltes „Vereine und Gesellschaften“¹¹.

Darin äußert sich ein Zweifaches: erstens hat der Verfassungsgeber Art. 9 Abs. 1 GG in bewußter Abkehr vom Nationalsozialismus¹² dazu ausersehen, künftig der verfehlten Identifizierung von Staat und Gesellschaft¹³ zu wehren. Somit wurde diesem Grundrecht aufgegeben, aus den auch (staats-)organisatorischen Trümmern des Zusammenbruches die Entwicklung eines freien, staatsunabhängigen Vereinigungswesens anzuregen, zu fördern und zu gewährleisten.

Zweitens erwies sich zur Erreichung dieser Intentionen des Grundgesetzgebers eine über rein individuell-private Assoziationen hinausgehende Gruppierung und Formierung der Gesellschaft in möglichst differenzierten, überindividuellen Vereinigungen als erforderlich. Denn es mußte auch darum gehen, im neuen Staat die unverzichtbare Trennung von Staat und Gesellschaft an Stelle schroffer Konfrontation durch ein dialektisches Verhältnis zu harmonisieren. Dazu galt es, sowohl die freiwillige Neuorganisation in jenen durch die Zurückdrängung des Staates¹⁴ entstandenen Leerräumen zu forcieren, wie auch die Gesellschaft dem Staat als kommunikationstaugliches Gefüge strukturiert und transparent gegenüberzustellen¹⁵.

Auf diese Weise vermag ein freies, artenreiches Vereinigungswesen dazu beizutragen, die Kluft zwischen dem einzelnen und dem Staat zu überbrücken, Demokratie zu verwirklichen¹⁶, der Anonymität des Bür-

¹⁰ Zum Doppelcharakter der Grundrechte s. o. § 17, Fn. 4.

¹¹ Vgl. von Mangoldt-Klein, GG, Art. 9 Erl. III.

¹² Vgl. Abgeordneter Heuss, Theodor, 44. Sitzung des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates v. 19.1.49, in: Parlamentarischer Rat, Verhandlungen des Hauptausschusses, Bonn 1948/49, S. 570; ebenso *Fußlein*, Grundrechte, Bd. II, S. 429; *Knauß*, Vereinigungsrecht, S. 48 f., 154 f.; *Vossieg*, Zwangsmitgliedschaft, S. 35 f.; *Weber*, W., Zwangskorporationen, S. 216.

¹³ s. o. § 6, A. III. 2. a.

¹⁴ Vgl. *Weber*, W., JJB 8 (1967/68) 141, 144 f.

¹⁵ Vgl. *Gastroph*, Vereinigungen, S. 68; *Hesse*, Grundzüge, S. 166; *Maunz-Dürig-Herzog*, GG, Art. 9, Rn. 13 f.; *Müller*, F., Korporation, S. 15 ff.; *Stein*, Staatsrecht, S. 138; *Weber*, W., Zwangskorporationen, S. 214, 217; angesichts der Gesamtaussage des Grundgesetzes verhindert dieses freiheitliche Vereinigungswesen den Ständestaat (s. o. § 11, Fn. 29), kalkuliert aber unter Umständen den oft beklagten Verbändestaat bzw. die Verbandsdemokratie ein, dazu *Hesse*, aaO.

gers in der modernen Massengesellschaft zu wehren, ferner die Chance realer, weil organisierter, Grundrechtsausübung zu eröffnen und insgesamt Lebenshilfe zu bieten¹⁷.

Um dieser Zwecke willen mußte Art. 9 Abs. 1 GG so elastisch konzipiert werden, daß positive Vereinigungsfreiheit wie Fernbleiberecht nicht nur „typisch“ individuell-private Sozialgebilde nach Art von Kleintierzuchtvereinen, studentischen Verbindungen oder Honoratiorenclubs ansprechen konnten. Im Gegenteil: mit ihrer komplexen Bezugnahme auf funktionell nichtstaatliche, zur Sphäre des Privaten zählende Assoziationen wirkt diese Grundrechtsnorm auch zugunsten „moderner“ Vereinigungstypen in den politisch-gesellschaftlichen Raum, also den faktisch-soziologischen Bereich des Öffentlichen¹⁸, hinein¹⁹.

Diese Erkenntnis vermag durch ein unentschlossenes Zurückschrecken vor den Problemen um die Differenzierung privater, öffentlicher und staatlicher Belange, Aufgaben und Bereiche nicht in Frage gestellt zu werden. Denn es geht nicht an, das zweifellos ungesicherte Verhältnis dieser Kategorien zum Hemmnis für die Geltung der grundrechtlich verbürgten Vereinigungsfreiheit avancieren zu lassen²⁰. Solange die Wissenschaft in diesen Materien zu ausgetragenen Ansichten nicht gefunden hat, ist es einer verfassungsrechtlichen Analyse dennoch aufgegeben, statt unschlüssigen Verharrens eigene Vorstellungen zu entwickeln und sie der Grundrechtsdogmatik dienstbar zu machen. In diesem Sinne hat die vorliegende Abhandlung immerhin den Versuch einer Klärung unternommen²¹. Der Rückgriff auf die dortigen Ergebnisse zeigt, daß die Begriffe „öffentlich“ und „staatlich“ im

¹⁶ Vgl. *Mallmann*, Staatslexikon, Bn. VIII, Sp. 108; *von Münch*, BK, Art. 9 Rn. 17; *Ridder*, Helmut, „Sühnegedanke“, Grundgesetz, „verfassungsmäßige Ordnung“ und Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland, DÖV 1963/321—324—; *BVerfG*, Urt. v. 15. 1. 58, 1 BvR 400/51, BVerfGE 7/198—208—.

¹⁷ Vgl. *Gastroph*, Vereinigungen, S. 71 ff., 80 f.; *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip, S. 114, 116 f.; *Krüger*, H., Allg. Staatslehre, S. 394.

¹⁸ s. o. § 6, A. III. (3. c.).

¹⁹ Vgl. *Altmann*, ZfPol 1955/211; *Gastroph*, Vereinigungen, S. 64, 68, 71 f.; *Herzog*, Allg. Staatslehre, S. 224; *Kaub*, Vereinigungsfreiheit, S. 19 (mit Hinweis auf *von der Heydte*, August, Fiktion und Wirklichkeit der westdeutschen Demokratie, in *Politische Studien*, München 1954, S. 10); *Krüger*, H., Allg. Staatslehre, S. 394; *Lerche*, Verfassungsfragen, S. 31; *Mallmann*, Staatslexikon, Bd. VIII, Sp. 108; *von Mangoldt*, Grundgesetz, Art. 9 Erl. 2; *Maunz-Dürig-Herzog*, GG, Art. 9, Rn. 11, 14; *Ridder*, Gewerkschaften, S. 24 f.; *Scheuner*, VVDStRL 22 (1965) 56; einen informativen Überblick zum Verbändewesen gibt *Wasser*, Hartmut, Interessenverbände in der Bundesrepublik Deutschland, Bonn, (Juni) 1971, Reihe „Information zur politischen Bildung“; dort zu Art. 9 GG: S. 9.

²⁰ So aber offensichtlich *Brohm*, Strukturen, S. 277, welcher meint, auf Grund der Zweifel um die Interpretation dieser Begriffe Aussagen zur Reichweite der Vereinigungsfreiheit nur für die Extremfälle des typisch, eindeutig, individuell Privaten verantworten zu können und deshalb die These der negativen Vereinigungsfreiheit mangels Tragfähigkeit überhaupt ablehnen sowie die Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Zwangsverbände anhand des unbehelflichen Art. 2 Abs. 1 GG beurteilen zu müssen (aaO, S. 279).

²¹ s. o. §§ 6 und 10.

Interesse einer klaren Terminologie konsequenter Trennung bedürfen²², und daß dem Begriff des Öffentlichen keine selbständige rechtliche Relevanz, sondern allenfalls soziologisch-faktische Qualität innerhalb des nichtstaatlichen, privaten Rechtsbereiches zusteht²³.

3. Ungeachtet der äußeren Rechtsform von Sozialgebilden fallen unter die funktionell nichtstaatlichen Erscheinungen nach Art der „Vereine und Gesellschaften“ des Art. 9 Abs. 1 GG nicht nur Assoziationen von individuell-privater Ausrichtung. Vielmehr zählen dazu auch jene im soziologisch-faktischen Bereich des Öffentlichen angesiedelten Verbände, denen gesteigerte politisch-gesellschaftliche oder allgemein „öffentliche“ Relevanz attestiert werden kann. Der Umkehrschluß auf die Organisationen, welche das kontradiktorische Gegenstück zu Vereinen und Gesellschaften verkörpern, führt zu den funktionell staatlichen Zusammenschlüssen.

II. Beurteilung der Zulässigkeit von Zwangsmitgliedschaften nach Art. 9 Abs. 1 GG

1. Zwangsmitgliedschaft bedingt funktionelle Verstaatlichung im Organisationsbereich mittelbarer Staatsverwaltung

a) Funktionsbereich

Die Bedeutung des Art. 9 Abs. 1 GG für die Beurteilung der Zulässigkeit einer Zwangsmitgliedschaft hängt nicht vom Status des jeweiligen Sozialgebildes ab. Im Gegenteil: Art. 9 Abs. 1 GG gewährleistet die Vereinigungsfreiheit gegenüber funktionell nichtstaatlichen bzw. staatsfremden Assoziationen und verweigert sie für Zusammenschlüsse von funktionell staatlicher Qualität. Im Hinblick auf die logische Wechselwirkung²⁴ zwischen positiver und negativer Vereinigungsfreiheit besitzt das einzelne Rechtssubjekt mithin auch kein Fernbleibe-recht gegenüber funktionell staatlichen Gebilden²⁵. Kann sich der Bürger schon dem Staat als vorgegebener Zwangsorganisation und den ihm

²² s. o. § 6, A. III. 3. d.

²³ s. o. Fn. 18.

²⁴ s. o. § 5, A.

²⁵ Vgl. (durchweg nur andeutungsweise und ohne konsequente Vertiefung): Däubler-Mayer-Maly, Neg. Koalitionsfreiheit, S. 47; Fröhler, GewArch 1962/169—171—; Hesse, Grundzüge, S. 167; Lerche, Arbeitskammer, S. 65; ders., Rundfunkmonopol, S. 94 f.; Quidde, DÖV 1958/521—524—; Redeker, DVBl 1952/239; Rupp, VVDStRL 27 (1969) 136; Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 271 f.; Weber, W., JJB 8 (1967/68) 150 f., 158 f.; ders., Zwangskorporationen, S. 216; ders., Zwangsversorgungseinrichtungen, S. 16 ff.; zwar ohne Beziehung auf das Grundgesetz, aber ähnlich schon Waldecker, Korporation, S. 109; näher die zur Veröffentlichung anstehende Habilitationsschrift von Steiner, Udo, Öffentliche Verwaltung durch Private, Allgemeine Lehren, S. 206 f. (nach Angaben des Verfassers).

zugehörigen Gebietskörperschaften nicht entziehen, so gilt dies auch für staatliche Untergliederungen. Für die Anordnung eines Organisationszwangs und damit für die Ausschaltung des Fernbleiberechts setzt Art. 9 Abs. 1 GG folglich die Verstaatlichung der jeweiligen Verbandsfunktion voraus²⁶. Davon kann die Rede jedoch nur im Falle zulässiger und staatsorganschaftlicher Befassung²⁷ mit den jeweiligen Agenden sein.

Mag es sonst auch der Interpretation obliegen, festzustellen, ob eine bislang außerhalb des Staates lokalisierte Materie *faktisch* in staatliche Erledigung übernommen wurde, so läßt das Grundgesetz diese Auslegung im Falle einer Pflichtvereinigung nicht zu: Art. 9 Abs. 1 GG bedingt, daß mit der Anordnung eines Organisationszwanges eo ipso die faktische Verstaatlichung der jeweiligen Verbandsfunktionen einhergeht. Diese Konsequenz ergibt sich überdies aus dem Wesen der Zwangsmitgliedschaft: sie steht in Ableitungszusammenhang zum Phänomen der öffentlichen Gewalt, über die nur der organisierte Staat verfügt.

Mithin kann unterstellt werden, daß alles, was der Staat den Zwangskörperschaften überträgt, jedenfalls auf Grund der staatsorganschaftlichen Ergreifung zur „staatlichen Aufgabe“ geworden ist. Versieht also der Gesetzgeber bislang funktionell nichtstaatliche Rechtssubjekte²⁸ mit Organisationszwang, so wandeln sich ihre Agenden angesichts des Art. 9 Abs. 1 GG von privaten, allenfalls faktisch „öffentlichen“, zu staatlichen Aufgaben. Sinngemäß dasselbe erfolgt bei der erstmaligen Grün-

²⁶ Wollte man die „legitime öffentliche Aufgabe“ des Bundesverfassungsgerichts (s. o. § 5, B. II. 2., § 6, B. I.) ungeachtet ihrer grundrechtsdogmatischen Untauglichkeit mit dem hier gewählten formellen Begriff der Staatsaufgabe (s. o. § 10, B.) identifizieren, so bedarf es des Hinweises auf BVerfG, Urt. v. 10. 5. 60, 1 BvR 190/58 u. a., BVerfGE 11/105 f.! An entlegener Stelle läßt das Gericht dort in bisheriger Einzigkeit und abweichend von seiner üblichen Judikatur zur Zwangsmitgliedschaft bei öffentlich-rechtlichen Verbänden folgenden Gedanken anklingen, welcher der hiesigen funktionsbezogenen These zu Art. 9 Abs. 1 GG sehr nahekommt: „Da (!) die Familienausgleichskassen und der Gesamtverband als Körperschaften des öffentlichen Rechts eine legitime öffentliche Aufgabe erfüllen, scheidet Art. 9 Abs. 1 GG als Beurteilungsmaßstab aus“ (BVerfGE 11/105—126—). Dieser Lichtblick in der „status-verhangenen“ Judikatur des Gerichts zu Art. 9 Abs. 1 GG wird jedoch weder für die Auslegung dieser Grundrechtsnorm, noch in späteren Erkenntnissen zur Zwangsmitgliedschaft (Beschl. v. 2. 5. 61, 1 BvR 203/53, BVerfGE 12/319—323—; Beschl. v. 19. 12. 62, 1 BvR 541/57, BVerfGE 15/235—241—) weiterverfolgt oder auch nur bestätigt, so daß man ihn wohl als irrelevante höchst-richterliche „Eintagsfliege“ betrachten muß. Oder sollten sich neue Aspekte aus den gegenwärtig anstehenden Entscheidungen des BVerfG zur Zwangsmitgliedschaft bei der saarländischen Arbeitskammer (Aktz 1 BvR 59/66) und bei der Angestelltenkammer Bremen (Aktz. 1 BvR 430/65) ergeben?

²⁷ Zu diesen beiden Kriterien s. o. § 10, B. I. 4. b. und c.

²⁸ Wie nicht-„beliehene“ juristische Personen des Privatrechts (dazu gleich anschließend) oder solche des öffentlichen Rechts im nur formellen Sinn.

dung von Pflichtverbänden. Denn einmal kann nicht nachgewiesen werden, daß der Staat eine nichtstaatliche bzw. „öffentliche“ Aufgabe beibehalten oder erhalten wollte. Zum anderen ist die unbekannte gesetzgeberische Intention als verfassungskonform zu unterstellen, d. h.: weil das die Zwangsmitgliedschaft anordnende Gesetz der Verfassung, dem Art. 9 Abs. 1 GG, entsprechen muß, war im Zweifel der Pflichtbeischluß nicht zur ideellen Subventionierung²⁹ weiterhin nichtstaatlicher, privater Agenden, sondern für ihre Neuaufnahme³⁰ in den staatlichen Organzusammenhang beabsichtigt³¹.

b) Organisationsbereich

Die Gründung einer Zwangsvereinigung bewirkt zugleich die Aufnahme bzw. Ausgliederung des betreffenden Funktionsträgers in den Organisationsbereich der mittelbaren Staatsverwaltung, wo sich seine konkrete Aktivität in den Formen der Auftrags-, Selbst- oder Eigenverwaltung abspielen kann³². Nach Begriff und Wesen mitgliedschaftlich strukturierter Pflichtverbände geht es indes vorwiegend um die Spielart der Selbstverwaltung.

Ferner macht die potentielle Diskrepanz zwischen Status und Funktion von Rechtssubjekten deutlich, daß es auf die äußere Organisationsform einer Zwangsvereinigung der mittelbaren Staatsverwaltung nicht ankommt. Der denkbare Einwand, dem Begriff einer privatrechtlichen Assoziation sei wegen der Notwendigkeit ihres freiwilligen Zustandekommens eine Pflichtzugehörigkeit fremd, vermag nicht durchzuschlagen. Denn im Vordergrund des Vereinigungsbegriffs von Art. 9 Abs. 1 GG und der im Umkehrschluß zu ermittelnden Objekte etwaigen Organisationszwanges stehen keine formalen, sondern allein funktionelle Kriterien³³. Unter solchen Gesichtspunkten zählen zur mittelbaren Staatsverwaltung aber nicht nur juristische Personen des öffentlichen Rechts (im materiellen Sinn), sondern auch die Beliehenen³⁴.

Dementsprechend muß eine Zwangsmitgliedschaft auch bei (äußerlich) privatrechtlichen Sozialgebilden denkbar sein, sofern diese als „Beliehene“ mit Staatsaufgaben betraut werden³⁵.

²⁹ s. o. § 12, A.

³⁰ s. o. § 11, B.

³¹ Vgl. Krüger, H., BB 1956//969—972—; Reuß, Grundrechte, Bd. III/1, S. 111.

³² s. o. § 11, C. (III).

³³ s. o. (§ 19) A.

³⁴ s. o. § 9, B. IV.

³⁵ Vgl. Maunz, Theodor, Rechtsgutachten über die Verfassungsmäßigkeit der Anschlußpflicht der Genossenschaften gegenüber Prüfungsverbänden und deren Pflichtprüfung, München 1957, S. 4, 26; Steiner, DÖV 1970/526—532, Fn. 78—.

2. Zur Zulässigkeit funktioneller Verstaatlichung

a) Grenzen staatlicher Betätigung

Da Zwangszusammenschlüsse gemäß Art. 9 Abs. 1 GG in den Bereich der Staatsverwaltung fallen, unterliegt ihre verfassungsrechtliche Beurteilung auch den für jene geltenden Maximen, d. h.: die Verstaatlichung der jeweiligen Verbandsfunktionen muß zulässig sein³⁶. Hier geht es also nicht mehr um das faktisch-organschaftliche, sondern um das verfassungsrechtliche Moment der Aufgabenverstaatlichung als solcher. Allerdings interessieren bei diesem Zusammenhang die Modalitäten der staatlichen Aktivität — geläufig unter den Titeln der Eigen-, Selbst- und Auftragsverwaltung — nicht. Denn das Vereinigungsgrundrecht unterscheidet nur zwischen funktionell staatlichen und funktionell nichtstaatlichen bzw. staatsfremden Gebilden, ohne in der Staatlichkeit oder Nichtstaatlichkeit Abstufungen zu kennen.

So ist es — jedenfalls unter dem Blickwinkel des Art. 9 Abs. 1 GG — selbst unerheblich, ob Verbandsagenden vorliegen, die als wesentlich, spezifisch staatliche ausschließlich in unmittelbarer Staatsverwaltung³⁷ geführt werden müßten³⁸. Da es sich in solchen Fällen unzulässiger Funktionsausgliederung von der unmittelbaren Staatsverwaltung auf einen Zwangsverband der mittelbaren Staatsverwaltung bei den betreffenden Materien immerhin um *staatliche* Aufgaben handelt, wird das Fernbleiberecht aus Art. 9 Abs. 1 GG nicht relevant. Hier gewährt erst das Auffanggrundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG dem einzelnen Rechtssubjekt einen Schutz gegen den Organisationszwang. Weil die mißbräuchliche Dezentralisierung unmittelbar staatlich zu führender Sachbereiche sowie die Ausstattung eines Pflichtverbandes mit derartigen Funktionen nicht zur „verfassungsmäßigen Ordnung“ staatsorganisationsrechtlicher Provenienz zählen, und durch den Beischluß das grundgesetzliche Übermaßverbot verletzt wird, führt die durchgreifende allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG zur Verfassungswidrigkeit der betreffenden Zwangsmitgliedschaft.

Erst nach positiver Antwort auf die — von Art. 9 Abs. 1 GG ausgelöste — grundsätzliche Zulässigkeitsfrage nach dem „Ob“ der funktionellen Verstaatlichung, ergibt sich also für die Beurteilung von Zwangsverbänden Veranlassung, unter Abstellen auf das „Wie“ des staatlichen Vorgehens auch den *Organisationszwang* als solchen am Grundgesetz zu überprüfen³⁹.

³⁶ s. o. § 10, B. I. 4. b., § 15, A.

³⁷ Zu diesen staatsorganisationsrechtlichen Aspekten s. o. § 10, B. II.; § 15, A. II. und B.

³⁸ Etwa im Falle einer öffentlich-rechtlichen Anstalt mit Zwangszugehörigkeit, der die Verteidigungsaufgabe der Bundeswehr übertragen wird.

³⁹ Ausf. s. u. § 20.

Es obliegt dem Ermessen des Gesetzgebers, die Aktivitäten des Staates zu bestimmen. Dem Grundgesetz wohnt allerdings das Anliegen inne, eine Balance zwischen privater und staatlicher Betätigung herzustellen⁴⁰. Somit kann der Staat von Verfassungen wegen gehindert sein, bestimmte Materien an sich zu ziehen und sie in unmittelbarer bzw. mittelbarer Verwaltung zu erledigen.

Diese Funktion der Verfassung erweist sich indes als nicht sonderlich effizient. Gerade im Bereich von Leistungsverwaltung und Daseinsvorsorge, wo es auf den konkreten Einsatz obrigkeitlicher Mittel nicht entscheidend ankommt, befindet der Staat im wesentlichen frei über seine Tätigkeiten. Ferner ist unter den Aspekten des Sozialstaatsprinzips der Eindruck zu gewinnen, als ob der Staat sich beliebig Zwecken verschreiben und Aufgaben setzen könnte. In der Regel kommt dabei konkludent zum Ausdruck, für die Übernahme einer Materie in staatliche Regie sprächen gegenüber individuell-privater Erledigung gewichtige praktische bzw. politische Erwägungen⁴¹. Die Gefahr staatlicher Anmaßung einer Art unbeschränkter Kompetenz-Kompetenz⁴² wird evident.

Eine direkte, unmißverständliche Fixierung und Umgrenzung der Staatsaufgaben ist im Grundgesetz nicht verankert. Der Blick auf die von der Aufgabenverstaatlichung betroffenen Rechtssubjekte hilft jedoch weiter. Er fördert nämlich jene äußeren Schranken zutage, welche der Ausweitung staatlicher Aktivität durch die liberale Komponente der Verfassung⁴³ gesetzt sind.

b) Beispiele

Angesichts der Frage nach konkreten Schranken für die Aufgabenverstaatlichung kann der These eines etwa im Rechtsstaatsgrundsatz vermuteten allgemeinen grundgesetzlichen *Subsidiaritätsprinzips*⁴⁴

⁴⁰ Vgl. Isensee, Subsidiaritätsprinzip, S. 204 f., 270 ff.; Thieme, Urteilsanmerkung, JZ 1960/365—366—.

⁴¹ Hier kann gedacht werden an die stärkere Finanzkraft des Staates, Fachkenntnisse der Bürokratie, Einheitlichkeit der Durchführung, objektive und unparteiische Erledigung usw.; kritisch: Peters, Aufgaben, S. 881.

⁴² Repräsentativ dafür Herzog, Roman, Stw. Berufsfreiheit, EvStLex, Sp. 155—159—; vgl. auch Gass, DÖV 1960/778—780—; s. auch o. § 10, B. II. 2. b.

⁴³ Faktische Relevanz gewinnt sie allerdings nur dort, wo staatliche und private Betätigung miteinander zu kollidieren vermögen: im Bereich der bloßen, gewillkürten, konkurrierenden Staatsaufgaben (s. o. § 10, B. III.), nicht dagegen auf der Ebene wesentlicher, spezifischer Staatsaufgaben, welche ausschließlich der staatlichen Wahrnehmung vorbehalten sind (vgl. oben, Fn. 37).

⁴⁴ So Dürig, JZ 1953/193—198—; Gass, DÖV 1960/778—781—; Kipp, Heinrich, Zum Problem der Förderung der Wissenschaften durch den Bund, DÖV 1956/555—561—; Küchenhoff, Günther, Bund und Gemeinde, BVB1 1958/65 f.;

nicht beigespflichtet werden⁴⁵. Eine gewisse punktuelle Subsidiarität des Staates⁴⁶ spiegelt sich zwar in einzelnen Grundrechten und bestimmten Fundamentalentscheidungen der Verfassung wider⁴⁷. Aber aus diesen, der Lösung spezifischer Interessenkonflikte dienenden und von divergierenden ideologischen wie historischen Aspekten motivierten Normen ist kein Schluß auf ein generelles verfassungskräftiges Subsidiaritätsprinzip eröffnet. Hatte doch auch der Herrenchiemseer Verfassungskonvent die Aufnahme eines allgemeinen Subsidiaritätsprinzips ausdrücklich abgelehnt⁴⁸. Denn das Grundgesetz konnte und sollte auf eine verbindliche Staats- oder Gesellschaftsideologie weder zurückgreifen, noch festgelegt werden.

Für den Staatsaufgabenbereich gelten mit Subsidiaritätserwägungen vergleichbare Zulässigkeitsschranken etwa dort, wo *erwerbswirtschaftliches* Handeln des Staates ohne unmittelbare Beziehung auf Zwecke der (hilfsgeschäftlichen) Bedarfsdeckung, (existenzsichernden) Daseins-

ders., Zuständigkeitsgrenzen in der Jugend- und Sozialhilfe, NJW 1968/433—435—; Maunz, Staatsrecht, S. 67 f.; von Münch, Ingo, Staatliche Wirtschaftshilfe und Subsidiaritätsprinzip, JZ 1960/303—304 f.—; Wolff, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. III, § 138 III (S. 136).

⁴⁵ Ausdrückliche Verneinung bei Herzog, Roman, Subsidiaritätsprinzip und Staatsverfassung, Der Staat 2 (1963) 399—411 f.—; ders., EvStLex Stw. Subsidiaritätsprinzip (verfassungsrechtlich), Sp. 2266 f.; Krüger, H., Allg. Staatslehre, S. 775; Scheuner, Ulrich, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVDStRL 11 (1954) 1—38—; ders., Öff. Körperschaften, S. 814; Ule, ZfSR 1962/637—655 f.—.

Ausf. Abhandlungen zur Problematik des Subsidiaritätsprinzips: Bernzen, Uwe, Das Subsidiaritätsprinzip als Prinzip des deutschen Staatsrechts, Diss. Kiel 1966; Desch, Volker, Subsidiaritätsprinzip und Sozialhilferecht, Diss. Würzburg 1965; Glaser, Krischan, Das Subsidiaritätsprinzip und die Frage seiner Verbindlichkeit nach Verfassungs- und Naturrecht, Diss. Berlin 1965; Hamann, Wolfram, Die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips im geltenden Verfassungsrecht, Diss. Tübingen 1961; Isensee, Josef, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, Berlin 1968; Rendtorff, Trutz, Kritische Erwägungen zum Subsidiaritätsprinzip, Der Staat 1 (1962) 405 f.; Schütz, Jörg, Der Grundsatz der Subsidiarität im Grundgesetz, Diss. Würzburg 1965; Zuck, Rüdiger, Subsidiaritätsprinzip und Grundgesetz, München 1968.

⁴⁶ Unter Ablehnung eines allgemeinen verfassungsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips erkennen die vereinzelte Niederlegung des Subsidiaritätsgedankens im Grundgesetz an: Barion, Hans, Die sozialetische Gleichschaltung der Länder und Gemeinden durch den Bund, Der Staat 3 (1964) 1—12 f.—; Fichtner, Otto, Das Recht der Sozial- und Jugendhilfe in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, ZfSR 1961/321—328 f. (332)—; Henke, VVDStRL 28 (1970) 170; Hohrmann, Organisation, S. 100; Leisner, Werbefernsehen, S. 169 f., 175 f.; Lerche, Übermaß, S. 200 f.; ders., Verfassungsfragen, S. 28 f.; ders., Wirtschaftliche Agenda der Gemeinden und Klagerecht Privater, JurA 1970/821—843—; Stern, Klaus, Rechtsfragen öffentlicher Subventionierung Privater, JZ 1960/518—523 (Fn. 40)—; Thieme, Subsidiarität, S. 18 f.; Zacher, Wohlfahrtspflege, S. 77 f., 81 f.; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 25. 2. 66, VII C 72/64, BVerwGE 23/304—306 f.—; unentschieden BVerfG, Urt. v. 29. 7. 59, 1 BvR 205/58 u. a., BVerfGE 10/59—83 f.—.

⁴⁷ Vgl. Art. 2, 6, 9; 19 Abs. 3; 28 Abs. 2; 30, 70, 72 Abs. 2 GG.

⁴⁸ Dazu Maunz, Staatsrecht, S. 68; Zacher, Wohlfahrtspflege, S. 81.

vorsorge oder (verfassungsgemäßen) Wirtschaftsintervention zur Debatte steht⁴⁹. Hier bremsen Art. 12 Abs. 1, Art. 20 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG sowie die Gemeinwohlverpflichtung, das Übermaßverbot⁵⁰ und die verfassungsrechtliche Entscheidung für den Steuer- statt Wirtschaftsstaat. Angesichts dieser Maximen muß es dem Gemeinwesen des Grundgesetzes verwehrt sein, mit Privaten unter Verwendung ihres Steueraufkommens jenseits einer allenfalls aufgabenbedingten Konkurrenz in gewinnorientierten Wettbewerb zu treten⁵¹. Desgleichen ist die Errichtung staatlicher *Monopole*⁵² auf Grund des Art. 12 Abs. 1 GG strengen Anforderungen zu unterwerfen⁵³. Unzulässig ist ferner gemäß Art. 3 Abs. 1, 3; Art. 4, 140 GG in Verbindung mit Art. 136 Abs. 1, 4 und Art. 137 Abs. 1 WV die staatliche Verkündung einer bestimmten *Weltanschauung* oder die Identifizierung mit den Bestrebungen und Belangen eines favorisierten religiösen Bekenntnisses⁵⁴. Im Anschluß an die Maxime der Gemeinwohlverpflichtung des Staates rückt schließlich die Problematik staatlicher Befassung mit Agenden, die von Einzel- oder *Gruppeninteressen* getragen werden, in den Vordergrund. Sie wird am Beispiel der Aktivität von Arbeitnehmerkammern gesondert zu erörtern sein⁵⁵.

Auf Grund dieser nur sporadischen Eindämmung der Ausuferung staatlicher Aktivität kann die Berufsfreiheit unter gegenwärtigen Aspekten erheblich dezimiert werden. Es nimmt daher nicht wunder, wenn von einer „Illusion grundrechtlicher Freiheit“ und von „totaler Aporie“⁵⁶ die Rede ist. Gleiches schien sich im Hinblick auf die Vereinigungsfreiheit abzuzeichnen. Aber hier wie dort darf in solcher Resignation nicht verharret werden⁵⁶.

⁴⁹ Statt vieler vgl. zur Problematik *Bachof*, Werbefernsehen, S. 15 f.; *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip, S. 205 f., 207, Fn. 96; *Knauß*, Vereinigungsrecht, S. 156 f.; *Leisner*, Werbefernsehen, S. 37 f.; *Maunz-Dürig-Herzog*, GG, Art. 2 I, Rn. 52; *Thiele*, Willi, Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute einschließlich der Großbanken, DVBl 1970/200 f.— alle m. zahlr. Nachw.

Vgl. auch *BVerwG*, Urt. v. 19. 12. 63, I C 77/60, BVerwGE 17/306—309 f.—.

⁵⁰ Dazu gleich anschließend, unter c).

⁵¹ Der Grundsatz des Art. 75 Abs. 1 S. 1 BayGO und des § 67 Abs. 1 DGO (v. 30. 1. 35, RGBI I Nr. 6, S. 49) genießt somit die Relevanz eines allgemeinen Prinzips des Verfassungsrechts.

⁵² Zum Begriff s. o. § 10, B. II. 2. a.

⁵³ Vgl. *Obermayer* und *Steiner*, NJW 1969/1457 f.; weitere Nachw. s. o. § 18, Fn. 23.

⁵⁴ Vgl. statt mancher *Obermayer*, DÖV 1967/9—11 f.— mit der Frage nach der Vereinbarkeit von Privilegien großer Religionsgemeinschaften mit der staatlichen Neutralitätspflicht; die staatstheoretische Parallele zu diesen verfassungsrechtlichen Maximen bildet der Grundsatz der Nicht-Identifikation, vgl. *Krüger*, H., Allg. Staatslehre, S. 178 ff.

⁵⁵ s. u. §§ 21, 22.

⁵⁶ So *Leisner*, AöR 93 (1968) 186 f.

War es deshalb bereits aus spezifisch grundrechtlichen Erwägungen geboten, die Beurteilung öffentlich-rechtlicher Zwangsgebilde von Art. 2 Abs. 1 GG weg auf den maßgeblichen Art. 9 Abs. 1 GG zu verlagern, so gilt es nunmehr, die Bemühungen um den Primat der Freiheit konsequent weiterzuverfolgen sowie eine präzise Fixierung dennoch unerläßlicher Freiheitsschranken anzustreben.

c) Insbesondere: das Übermaßverbot

Die Frage nach Maximen für die Beurteilung der Zulässigkeit von Aufgabenverstaatlichungen erinnert an das grundgesetzliche Postulat rationalen und rationalen Einsatzes der öffentlichen Gewalt und damit an die Beachtung des Übermaßverbots. Im Rahmen dieser Abhandlung mag es allerdings dahingestellt bleiben, ob das Übermaßverbot seine verfassungsrechtliche Grundlegung im Rechtsstaatsatz⁵⁷, in Art. 2 Abs. 1 GG⁵⁸, in Art. 3 Abs. 1 GG⁵⁹, in Art. 19 Abs. 2 GG⁶⁰ oder in der „dirigierenden Verfassung“⁶¹ findet.

Die Fülle auseinandergehender Ansichten⁶² in Rechtsprechung und Literatur macht deutlich, daß sich eine vorherrschende Meinung über den Standort dieser Maxime im System des Grundgesetzes noch nicht herausgebildet hat. Einigkeit besteht jedoch insoweit, als heute dem Übermaßverbot über seine frühere Beschränkung auf das Polizeirecht hinaus⁶³ allgemeine verfassungsrechtliche Relevanz attestiert wird⁶⁴, so daß es auch die gesetzgebende Gewalt bindet.

⁵⁷ So das BVerfG; ausführliche Nachweise zur Rechtsprechung bei Gentz, NJW 1968/1600—1601, Fn. 8, 10—; Lerche, Übermaß, S. 58 ff.; Wittig, DÖV 1968/817—819, Fn. 32—; aus der neuesten Judikatur vgl. zusätzlich: BVerfG, Beschlüsse vom 18. 12. 68, 1 BvR 638/64 u. a., BVerfGE 24/367—404—; v. 14. 1. 69, 1 BvR 553/64, BVerfGE 25/44—54—; v. 26. 2. 69, 2 BvL 15, 23/68; BVerfGE 25/269—292—; v. 16. 7. 69, 1 BvL 19/63, BVerfGE 27/1—8—; v. 14. 10. 69, 1 BvR 30/66, BVerfGE 27/88—100—; v. 26. 5. 70, 1 BvR 668/68 u. a., BVerfGE 28/264—280—; v. 27. 10. 70, 1 BvR 557/68, BVerfGE 29/312—316—; Beschl. v. 9. 3. 71, 2 BvR 326/66 u. a., BVerfGE 30/250—262 f., 266 f.—; vom „sozialen Rechtsstaat“ leitet das Übermaßverbot ab Menger, Begriff, S. 24 f.

⁵⁸ Dazu vgl. Wittig, DÖV 1968/817—819, 822—.

⁵⁹ So Wittig, DÖV 1968/817—819, 822 f.—; kritisch zur Ableitung des Übermaßverbotes aus Art. 3 Abs. 1 GG Lerche, Übermaß, S. 29 f., 52 f., 210 f., 319 f.

⁶⁰ So der BGH, dazu vgl. Lerche, Übermaß, S. 34 f.; vgl. auch Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 20, Rn. 115; auf die Verbindung von Art. 19 Abs. 2 GG mit Art. 1 GG stellen ab Dürig, AöR 81 (1956) 117—135, 146 ff.—; Zippelius, DVBl 1956/353—354—; dazu Lerche, aaO, S. 40 f.

⁶¹ So Lerche, Übermaß, S. 61 f., 224.

⁶² Umfangreiche Darstellungen geben Gentz, NJW 1968/1600 f. (insbesondere zur Rechtsprechung); Lerche, Übermaß, S. 250 ff. u. passim; Wittig, DÖV 1968/817—818, Fn. 10, 11—.

⁶³ Zur Entwicklung vgl. von Krauss, Verhältnismäßigkeit, S. 3 ff.; Lerche, Übermaß, S. 24 ff.

⁶⁴ Vgl. insbesondere Dürig, JZ 1953/193—199—; ders., AöR 81 (56) 117—

Im Hinblick auf die Beurteilung der Zulässigkeit von Agendenverstaatlichungen normiert das Verbot des Übermaßes bzw. das damit identische (aber sprachlich mehrdeutige) Gebot der Verhältnismäßigkeit (im weiteren Sinn) die Postulate nach Verhältnismäßigkeit (im engeren Sinn) und Erforderlichkeit⁶⁵ staatlicher Zugriffe auf bislang nicht staatliche Materien, sofern dabei Grundrechtstangierungen im Bereich des Möglichen liegen. Andererseits wird der Staat aber nicht verpflichtet, vor Ergreifung neuer Materien die (außerstaatliche) Öffentlichkeit auf seine Absichten hinzuweisen und ihre Reaktionen abzuwarten.

Gewinnt jedenfalls das Übermaßverbot Relevanz, so hat die vorzunehmende Analyse primär nicht auf Grund und Zweck des staatlichen Engagements — etwa auf das behauptete öffentliche Interesse an einer bestimmten Materie — abzustellen, sondern auf Umfang und Wirkung des staatlichen Vorgehens⁶⁶. Während der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (im engeren Sinn) eine angemessene Relation von Mittel und Zweck verlangt⁶⁷, beschränkt der Erforderlichkeitsgrundsatz den Eingriff auf das geringstnotwendige Maß⁶⁸. So ist es denkbar, daß die Verstaatlichung einer Materie am Ende durch das Übermaßverbot verhindert wird, weil der im Wege einer Interessenabwägung durch sachgerechte und vernünftige Gründe ermittelte⁶⁹, auch dem Gemeinwohl unter-

146 f.—; ebenso Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 2 I, Rn. 61 f., 63 ff.; Forsthoff, Maßnahme-Gesetze, S. 235 f.; Krüger, H., Grundgesetz, S. 27; ders., Allg. Staatslehre, S. 58, 739, 834 f.; Lerche, Übermaß, S. 224; ders., Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirketiven, AöR 90 (1965) 341—369 f.—; ders., Verbot des Übermaßes und Gerichtsschutz, BVB1 1957/321 f.; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 20, Rn. 115; Thieme, Subsidiarität, S. 29 f.; Zippelius, DVBl 1956/353—354—.

Zu den zahlreichen Äußerungen in der Judikatur von BVerfG und Bay-VerfGH vgl. die Nachweise bei Gentz, NJW 1968/1600 ff.; Lerche, Übermaß, passim; Wittig, DÖV 1968/817—819, Fn. 20, 21—; sowie ergänzend zur neuesten Rechtsprechung hier, Fn. 57.

⁶⁵ Diese Differenzierung hebt zu Recht hervor Lerche, Übermaß, S. 19 f. (20, Fn. 4); weitergehende Unterscheidungen trifft Gentz, NJW 1968/1600—1601 (Fn. 3)—.

⁶⁶ Im Unterschied zum Subsidiaritätsprinzip, das sich insbesondere auf das Ob der staatlichen Befassung erstreckt, mißt das Übermaßverbot das Wie, die jeweiligen Mittel der Zweckverfolgung (hier: die eventuelle Verstaatlichung; später — § 20 —: die zwangsorganisierte Wahrnehmung), am vorgegebenen Zweck; zu dieser Differenzierung vgl. Isensee, Subsidiaritätsprinzip, S. 88 ff.; Lerche, Übermaß, S. 200; ders., Verfassungsprobleme, S. 28; Zippelius, DVBl 1956/353—354—, alle m. w. Nachw.

⁶⁷ Vgl. von Krauss, Verhältnismäßigkeit, S. 14 ff.; Lerche, Übermaß, S. 19 f., 223 f.; s. auch Art. 8 Abs. 2 BayPAG.

⁶⁸ Vgl. von Krauss, aaO; Lerche, Übermaß, S. 19 f., 162 f.; s. auch Art. 8 Abs. 1 BayPAG.

⁶⁹ Allein dadurch, daß sich die vom Gesetzgeber ursprünglich angenommene Zwecktauglichkeit einer Maßnahme im Nachhinein als Fehlprognose erweist, wird diese noch nicht verfassungswidrig, vgl. BVerfG, Beschl. v. 9. 3. 71, 2 BvR 326/69 u. a., BVerfGE 30/250—263—; BayVerfGH, Beschl. v. 21. 7. 71, 202 IV 69, BVB1 1971/475.

stellte und selbst punktuellen Subsidiaritätsnormen der Verfassung nicht widersprechende Zweck durch weniger einschneidende Maßnahmen als eine staatliche Ergreifung erreicht werden kann: etwa im Wege staatlicher Überwachung der privaten Aufgabenerfüllung oder durch Erlaß abstrakter Regelungen für die außerstaatliche Wahrnehmung⁷⁰. Andererseits mag sich bei Agenden, welche notwendigerweise von irgendjemandem erledigt werden müssen, eine staatliche Befassung gegenüber der Inpflichtnahme einzelner als das geringer belastende und angemessenere Mittel im Verhältnis zum angestrebten Zweck darstellen.

III. Zwangsmitgliedschaft bei Trägern notwendig staatsfremder Funktionen?

1. Beispiel: genossenschaftlicher Prüfungsverband

Ein Teil der Lehre erachtet Zwangszusammenschlüsse selbst dann für zulässig, wenn der (notwendig) staatsfremde Charakter ihrer Funktionen einer Verstaatlichung entgegensteht⁷¹. Der eben propagierte Konnex zwischen Organisationszwang und Verstaatlichung wird von dieser Auffassung offensichtlich negiert.

Ein anschauliches Beispiel für jene Situation bietet sich in der Pflichtzugehörigkeit von Genossenschaften⁷² zu gebietlich oder fachlich gegliederten Prüfungsverbänden, wie sie §§ 54 Abs. 1; 11 Abs. 2 Ziff. 4; 54 a Abs. 2 GenG mit Ausschließlichkeitwirkung (§§ 53, 55 GenG) anordnen. Nach Art. 19 Abs. 3 GG gilt indes Art. 9 Abs. 1 GG⁷³ mit seinem Vereinigungs- und Fernbleiberecht auch zugunsten der als juristische Personen des Privatrechts⁷⁴ formierten Genossenschaften⁷⁵.

⁷⁰ s. o. § 10, Fn. 14, 15 und 59.

⁷¹ Vgl. (vorerst undifferenziert) *Brohm*, Strukturen, S. 276 f.; *Bullinger*, Öff. Recht, S. 91; *Klein*, F., Genossenschaften, S. 20 f.; *Krüger*, H., Verfassungsprobleme, S. 57 f.

⁷² Welche in den Erscheinungsformen von gewerblichen, ländlichen Konsum- und Berufsgenossenschaften auftreten; davon zu trennen sind die Genossenschaften des öffentlichen Rechts, welche *Klein*, F., ZgGenW 1957/145—153 f.— skizziert; s. auch o. § 8, B. III.

⁷³ Da der Zweck der Genossenschaften in einer Förderung der wirtschaftlichen Aktivität ihrer Mitglieder besteht, fallen sie nicht unter den Koalitionsbegriff des Art. 9 Abs. 3 GG, wo es um die Förderung der sozialen und wirtschaftlichen Belange der jeweiligen Mitglieder in ihrer Eigenschaft als Arbeitgeber und Arbeitnehmer geht.

⁷⁴ Selbst in ihrer Entwicklungsstufe als sog. Vorgenossenschaften, also vor Eintragung in das Genossenschaftsregister und damit vor Erlangung der Rechtsfähigkeit, vgl. *Maunz-Dürig-Herzog*, GG, Art 19 III, Rn. 55; *BVerfG*, Urt. v. 3. 6. 54, 1 BvR 183/54, BVerfGE 3/383 (Ls. 1).

⁷⁵ Vgl. *Fuß*, Ernst-Werner, Grundrechtsgeltung für Hoheitsträger?, DVBl 1958/739—740—; *Füßlein*, Grundrechte, Bd. II, S. 429; *Gastroph*, Vereinigun-

Erachtet man aber die Zulässigkeit eines Zwangszusammenschlusses als u. a. von der Zulässigkeit der (mittelbar) staatlichen Wahrnehmung seiner Funktionen abhängig, so fragt sich hier, ob der genossenschaftliche Prüfungsverband jenen Anforderungen entspricht. Das käme allenfalls in Betracht, wenn man ihn bei seiner äußerlich privatrechtlichen Statuierung eines eingetragenen Vereins⁷⁶ als Beliehenen qualifizieren könnte. Denn Beleihung ist die selbständige Wahrnehmung (zulässig) staatlicher Aufgaben durch ein Rechtssubjekt des Privatrechts, welches zu diesem Zweck mit öffentlicher Gewalt ausgestattet wurde⁷⁷.

Eine derartige Einbeziehung genossenschaftlicher Prüfungsverbände in den Bereich mittelbarer Staatsverwaltung scheitert jedoch an der Unzulässigkeit der Verstaatlichung ihrer Funktionen. Denn Art. 12 Abs. 1 GG verbietet im Interesse der wirtschaftsprüfenden Berufe, daß sich der Staat mit der geschilderten Intensität (§§ 53, 55 GenG) auf jenem Gebiet betätigt und die Prüfung jedenfalls von Genossenschaften quasi zu einem Verwaltungsmonopol⁷⁸ erhebt.

Es beruht mithin auch auf verfassungsrechtlich gebotener Einsicht, wenn die Prüfungsverbände der Genossenschaften nicht nur institutionell als privatrechtliche Gebilde organisiert sind, sondern auch funktionell als Träger staatsfremder Agenden qualifiziert werden⁷⁹.

Gegenüber solchen Vereinigungen gewährt Art. 9 Abs. 1 GG nach hier entwickelter Auffassung jedoch das Fernbleiberecht.

2. Argumentation der Befürworter einer Zwangsmitgliedschaft

Gedenkt man, angesichts von Art. 9 Abs. 1 GG, der Zulässigkeit einer Zwangsmitgliedschaft auch bei Trägern staatsfremder Aufgaben den

gen, S. 83 f.; *Hamann-Lenz*, GG, Art. 19 Erl. B 11; Art. 9 Erl. B 1; *Huber*, E. R., Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 250; von *Mangoldt-Klein*, GG, Art. 19 Erl. VI 3 b; Art. 9 Erl. III 4; V 6; *Maunz-Dürig-Herzog*, GG, Art. 19 III, Rn. 49 f., 53; *Maunz*, Staatsrecht, S. 105 f.; *Strickrodt*, Georg, Das Kartellverbot in verfassungsrechtlicher Betrachtung, NJW 1955/1697—1699—.

BVerfG, Urt. v. 18. 11. 54, 1 BvR 629/52, BVerfGE 4/96—106 f.— (zu Art. 9 Abs. 3 GG); *Ba-WüVG*H, Urt. v. 29. 9. 53, 2 S 6/53, ESVG H 3/25—31— (Grundrechtsfähigkeit von Genossenschaften).

⁷⁶ Zwar schreibt § 63 b Abs. 1 GenG diese Rechtsform nicht zwingend vor. Aber in der Praxis haben sich die Prüfungsverbände entsprechend jener Soll-Bestimmung ausschließlich als eingetragene Vereine konstituiert; vgl. *Klein*, F., Genossenschaften, S. 15 m. Hinw. auf *Unckell*, Georg, Das Verhältnis des Prüfungsverbandes zu ihm angeschlossenen Genossenschaften, Diss. Münster 1956, S. 2 f.

⁷⁷ s. o. § 9, B. IV.

⁷⁸ s. o. § 10, B. II. 2. a. und § 18, Fn. 23.

⁷⁹ Vgl. *Bullinger*, VVDStRL 22 (1965) 306 f.; *Huber*, E. R., Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 106; *Klein*, F., Genossenschaften, S. 17; *Peters*, Lehrbuch, S. 105; *Unckell* (s. Fn. 76), S. 4.

Weg zu ebnen, so muß davon abgegangen werden, ihre Funktionen am Kriterium der Verstaatlichung zu messen. Statt dessen bedarf es der Orientierung an anderen Merkmalen. Folgerichtig wird in der Lehre eine Pflichtzugehörigkeit auch bei funktionell staatsfremden Gebilden für zulässig erachtet, wenn einerseits zwingende öffentliche Interessen⁸⁰ bzw. eine bestimmte Gemeinschaftsrelevanz⁸¹ oder zum zweiten „Rechte anderer“ im Sinne des Art. 2 Abs. 1 Hs. 2 GG⁸² die Agenden des Zwangsverbandes charakterisieren⁸³.

Diese Formeln unterwerfen durchwegs — abgesehen von geringfügigen akzentualen Abweichungen — im Rahmen einer Güterabwägung⁸⁴ das Interesse der in Aussicht genommenen Pflichtmitglieder am Fernbleiberecht einem höherwertigen und deshalb durchgreifenden öffentlichen Interesse bzw. Interesse der Allgemeinheit oder selbst schutzwürdigem Interesse anderer⁸⁵ an den Funktionen des Zwangsgebildes. Da es sich aber um äußerlich privatrechtliche Vereinigungen handelt und jene Autoren noch der formalen Auslegung von Art. 9 Abs. 1 GG verhaftet sind⁸⁶, gleitet die Argumentation in der Regel auf das Interesse der Allgemeinheit oder „der anderen“ am Organisationszwang selbst ab. Zwei trennungsbedürftige Momente der Beurteilung von Pflichtverbänden, nämlich die vom materiellen Vereinigungsbegriff des Art. 9 Abs. 1 GG angezeigte Qualifizierung ihrer Funktionen und die verfassungsrechtlich noch nachzuweisende Erforderlichkeit des Zwangszusammenschlusses als solchen⁸⁷ werden hier unzulässig vermengt.

⁸⁰ Vgl. *Bullinger*, Öff. Recht, S. 91; *Reuß*, Wilhelm, Verfassungsrechtliche Grundsätze zum Organisationsrecht der Wirtschaft, DVBl 1953/684—686—; ähnlich *Brohm*, Strukturen, S. 276 ff., der mit seiner Beschränkung des Vereinigungsbegriffs auf „typische“ individuell-private Assoziationen auch das Fernbleiberecht nur gegenüber solchen Gebilden gewährleistet sieht und es deshalb mangels Tragfähigkeit für verzichtbar erachtet. Damit läßt *Brohm* trotz Art. 9 Abs. 1 GG Zwangsmitgliedschaften selbst bei Trägern (notwendig) staatsfremder Funktionen zu, sofern diese nur in der „über-individuellen“, politisch-gesellschaftlichen Sphäre des Öffentlichen wurzeln und agieren; näher dazu s. o. § 19, B. I. 2.

⁸¹ Vgl. *Krüger*, H., Verfassungsprobleme, S. 57 f.

⁸² Vgl. *Klein*, F., Genossenschaften, S. 20 ff.; von *Mangoldt-Klein*, GG, Art. 2 Erl. IV 1 a.

⁸³ Vgl. *Erk*, Pflichtmitgliedschaft, S. 32 f., 36 ff., 104; s. auch *Schnorr von Carolsfeld*, Ludwig, Buchbesprechung, ZgGenW 1959/50—67—.

⁸⁴ Vgl. von *Mangoldt-Klein*, GG, Vorbem. B XV 2 b.

⁸⁵ Nicht jedes beliebige Interesse anderer soll über das Merkmal der „Rechte anderer“ zu einer Schranke für die Grundrechte Dritter avancieren dürfen, sondern nur die Interessen, welche nach der Gesamtentscheidung der Verfassung als „schutzwürdig“ anzusehen sind; vgl. *Klein*, F., Genossenschaften, S. 21, mit Hinweis auf von *Mangoldt-Klein*, GG, Art. 2 Erl. IV 1 g.

⁸⁶ Anstatt auf rein funktionelle Merkmale abzustellen und die Unzulässigkeit der Verstaatlichung staatsfremder Aufgaben in den Vordergrund zu rücken.

⁸⁷ Dazu ausf. s. u. § 20.

Das Beispiel der Pflichtprüfung von Genossenschaften durch genossenschaftliche Zwangsverbände möge wiederum der Veranschaulichung dienen. Dazu ist eine Analyse der Argumente notwendig, welche zur Motivierung der Funktion „Genossenschaftskontrolle“ und zur Ermittlung der Erforderlichkeit des dafür bestimmten Zwangsverbandes geeignet sind⁸⁸. Sie zeigt auf, daß für die Beurteilung jener momentan anstehenden ersteren Problematik Interessen der einzelnen Genossen, der Genossenschaftsgläubiger⁸⁹ und selbst der Öffentlichkeit⁹⁰ genannt werden. Diese erklären sich in dem Anliegen, durch die Prüfung des genossenschaftlichen Finanzgebarens⁹¹ Zusammenbrüche bzw. Sanierungsfälle und damit den Eintritt der Nachschußpflicht der Genossen (§ 105 GenG) sowie eine wirtschaftliche Gefährdung von Genossenschaftsgläubigern zu vermeiden⁹². Gleichzeitig soll durch Vertrauensförderung in die Gediegenheit des Genossenschaftswesens einem imaginären Interesse der Öffentlichkeit an der Beseitigung der hergebrachten Sensibilität des Genossenschaftsbegriffs⁹³ entsprochen werden.

Mögen auch solche und ähnliche Belange die Agenda „Genossenschaftsprüfung“ motivieren⁹⁴, so verbietet ihre staatsfremde Qualität

⁸⁸ Denn die Frage nach der rechtlichen Untermauerung jener aus Art. 12 Abs. 1 GG staatsfremden Funktion „Genossenschaftsprüfung“ ist eine andere, als die nach den Gründen für einen Zwangszusammenschluß von Genossenschaften in eigenen Prüfungsverbänden.

⁸⁹ Vgl. Klein, F., Genossenschaften, S. 21 f.; Neumann-Duesberg, Rüdiger, Zulassung zum genossenschaftlichen Prüfungsverband, Diss. Göttingen 1970, S. 12 f., 14.

⁹⁰ Vgl. Barth, Martin G., Die bürgerlich-rechtliche Beziehung zwischen Prüfungsverband und Genossenschaft, ZgGenW 1965/44—45— (mit weiteren Ausführungen zur Gesamtproblematik genossenschaftlicher Zwangsprüfungsverbände); Krüger, H., Verfassungsprobleme, S. 57 f.

⁹¹ Vgl. Erk, Pflichtmitgliedschaft, S. 53 f., 58 f., 70 f.

⁹² Vgl. Erk, aaO, S. 72 f.

⁹³ Vgl. Klein, F., Genossenschaften, S. 24 ff. (26 f.).

⁹⁴ Demgegenüber eignet sich die Argumentation mit den Interessen von Genossen, Genossenschaftsgläubigern und Öffentlichkeit zur Beantwortung der weiteren Frage nach der Erforderlichkeit eines Zwangszusammenschlusses (s. u., § 20) von Genossenschaften für Prüfungszwecke nur, wenn man einer — an sich begrüßenswerten — Pflichtprüfung dieser Vereinigungen durch Angehörige wirtschaftsprüfender Berufe die notwendige Effizienz abspricht; das tut Klein, F., Genossenschaften, S. 28, mit Hinweis auf Böhmcke, Eberhard, Die Prüfung der Genossenschaften, in Die Wirtschaftsprüfung, 1956/574 f.; Wulf, Karl, ebenda, 1957/89.

Um den Eindruck solcher Diskriminierung eines Berufsstandes zu kaschieren, verlagern die Befürworter genossenschaftlicher Zwangsvereinigungen am Ende deren Erforderlichkeit vom eigentlichen Prüfungsmotiv weg auf vorgiebig gleichberechtigte Verbandsfunktionen der Interessenvertretung und Beratung von Genossenschaften und Genossen (vgl. Erk, Pflichtmitgliedschaft, S. 114 f.; Klein, F., Genossenschaften, S. 22 f., mit Hinweis auf Henzler, Reinhold, Prüfungsverbände, Hamburg 1956, S. 9; Paulick, Heinz, Das Recht der eingetragenen Genossenschaft, Karlsruhe 1956, S. 307 f.).

Zwar leuchtet ein, daß letztere Agenden der Interessenvertretung nicht in die Hände freier Wirtschaftsprüfer gelegt werden können. Auch ist ihre Verstaatlichung (zur Wahrnehmung von Gruppeninteressen durch Zwangsverbände s. u. § 21) einschließlich der Qualifizierung jener Verbände als Beliehener denkbar. Aber angesichts des Genossenschaftsgesetzes handelt es sich bei der Argumentation mit jenen Interessenkonstellationen um eine

(Art. 12 Abs. 1 GG), sie im rechtlichen Sinn überdies als *staatliche* Aufgabe anzusprechen bzw. zu einer solchen zu erheben⁹⁵. Mithin verbleibt allein die Möglichkeit, ihrer wohl gesteigerten Relevanz durch die soziologisch-faktische Bezeichnung als „öffentliche Aufgabe“⁹⁵ Ausdruck zu verleihen. Im juristischen Sinne aber bleibt es bei einer privaten Aufgabe.

3. Kritik

a) Unterwirft man die angesprochenen „Interesstheorien“ dem Maßstab des Art. 9 Abs. 1 GG, so fällt zunächst auf, daß diese Grundrechtsnorm mangels eines Gesetzesvorbehalts über ihren tatbestandlichen Rahmen und die straf- und staatschutzbedingten Verbote des Art. 9 Abs. 2 GG hinaus nicht begrenzt ist. Deshalb sind die geschilderten Auffassungen auch gezwungen, ihre Abwägung zwischen Organisationszwang und Vereinigungsfreiheit ohne Bezugnahme auf das eigentliche Tatbestandsmerkmal des Art. 9 Abs. 1 GG, nämlich den Vereinigungsbegriff, also auch ohne Differenzierung nach Verbandsfunktionen, zu begründen. Statt dessen behilft man sich mit Grundrechts„schränken“, welche als sog. „immanente“ bzw. dem Art. 2 Abs. 1 Hs. 2 GG zu entnehmende Begrenzungen geeignet sein sollen, alle Freiheitsrechte zu verkürzen⁹⁶.

Im Grunde handelt es sich hier um eine parallele Problematik, wie sie im Zusammenhang mit der Auslegung von Art. 12 Abs. 1 GG auftaucht. Hätte nämlich das Bundesverfassungsgericht bei seiner Judikatur⁹⁷ zu dieser Grundrechtsnorm die Freiheit der Berufswahl nicht — im Sinne eines einheitlichen Grundrechts der Berufsfreiheit — dem

unzulässige Verfälschung des gesetzgeberischen Anliegens, *Prüfungsverbände* im Interesse von Genossen usw. zu schaffen und nicht (formell privatrechtliche) *Zwangsvertretungsorgane* für die Genossenschaften selbst (vgl. *Bullinger*, VVDStRL 22 [1965] 307). Mit Rücksicht auf Art. 9 Abs. 1 GG verdient daher die Ausgangsfrage nach der rechtlichen Qualifizierung der Funktionen von Zwangsprüfungsverbänden gesteigerte und vorrangige Beachtung gegenüber der momentan sekundären Frage nach der Erforderlichkeit eines Zwangszusammenschlusses für die Wahrnehmung dieser Aufgaben: sie kann erst relevant werden, wenn jene eine Klärung gefunden hat.

⁹⁵ Zur Terminologie der „staatlichen“ Aufgabe, s. o. § 10, B., der „öffentlichen“ Aufgabe, s. o. § 6, A. (IV.) und § 10, A.

⁹⁶ So *Dürig*, Günter, Art. 9 Grundgesetz in der Kartellproblematik, NJW 1955/729—730, Fn. 17—; ders., JZ 1957/169 f.; *Häberle*, Wesensgehaltsgarantie, S. 194; *Maunz*, Staatsrecht, S. 112 f.; von *Mangoldt-Klein*, GG, Vorbem. B XV 3 a; Art. 2 Erl IV; *Maunz-Dürig-Herzog*, GG, Art. 2 I, Rn. 69; von *Münch*, BK, Art. 9, Rn. 54; *Ott*, Sieghart, Urteilsanmerkung, NJW 1964/1194 f.; *BVerwG* seit Ur. v. 21. 12. 54, I C 14/53, BVerwGE 1/303—307, bis Ur. v. 29. 6. 57, II C 105/56, BVerwGE 5/153—158 f.—.

⁹⁷ Vgl. *BVerfG*, Ur. v. 11. 6. 58, 1 BvR 596/56, BVerfGE 7/377—400 ff. (404 f.)— („Apothekenurteil“); dazu *Leisner*, Walter, Die verfassungsrechtliche Berufsfreiheit, JuS 1962/463 f.; die seitherige kontinuierliche Judikatur des *BVerfG* zu Art. 12 Abs. 1 GG findet sich trefflich skizziert in N.N., Art. 12 I GG in der Rechtsprechung des *BVerfG*, JA 1970/687 ff.

Gesetzesvorbehalt in Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG unterstellt⁹⁸, und sie statt dessen als separates Grundrecht ohne Gesetzesvorbehalt aufgefaßt, so wäre es ähnlichen Fragen konfrontiert worden, wie sie momentan zu Art. 9 Abs. 1 GG anstehen.

Bevor sich jedoch aktueller Anlaß ergibt, nach der Verfassungskonformität spezieller Interessen- und Immanenztheorien zu fragen⁹⁹, ist vorrangig zu prüfen, ob Einzelgrundrechte und insbesondere Art. 9 Abs. 1 GG für eine Heranziehung solcher Interpretationsmaßstäbe überhaupt Raum lassen. Wurde doch bereits dem Grundgesetz die noch in Art. 21 Abs. 3 HChE vorgesehene Fixierung immanenter Grundrechtsschranken¹⁰⁰ nicht eingefügt. Zudem zeigt der Blick auf die Verfassung, daß der Grundgesetzgeber sehr wohl zwischen vorbehaltlosen Grundrechten und solchen mit einfachem und qualifiziertem Gesetzesvorbehalt zu differenzieren verstand¹⁰¹. Anstatt dafür aber Systemlosigkeit oder redaktionelle Nachlässigkeit verantwortlich zu machen, ist anzunehmen, daß der Verfassungsgeber einem System sorgfältig abgestufter Freiheitsverbürgungen vorbehaltlose Grundrechte nicht unüberlegt eingefügt hat.

Das vom Grundgesetz übernommene kasuistische System der Weimarer Reichsverfassung gebietet, die Aussagen einer jeden Grundrechtsverbürgung primär und gesondert aus dem jeweiligen Tatbestand zu ermitteln. Gleiches muß für die Schranken des betreffenden Grundrechts gelten. Da jedoch eine schrankenlose Freiheit nicht bestehen kann, zeigen Gemeinschaftsbezogenheit und -gebundenheit des Individuums, daß auch vorbehaltlose Grundrechte gewissen Begrenzungen

⁹⁸ Vgl. von Hippel, Eike, Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, Berlin 1965, S. 30 (Fn. 37); Nipperdey, Grundrechte, Bd. IV/2, S. 813.

⁹⁹ Terminologie, Systematik und Begründung „immanenter Grundrechtsschranken“ sind noch umstritten; ausf. vgl. Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Der Stellvertreter-Fall, JuS 1966/359—362 f.; Graf, Hans Lothar, Die Grenzen der Freiheitsrechte ohne besondere Vorbehaltsschranke, Diss. München 1970, S. 107 ff. und passim; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 2 I, Rn. 69 f.

¹⁰⁰ Sie lautete: „Die Grundrechte sind, soweit sich aus ihrem Inhalt nichts anderes ergibt, im Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung zu verstehen.“ — Der letztlichen Streichung dieses Satzes ist beizupflichten. Denn eine solche Formel verletzt den Primat der Verfassung gegenüber der allgemeinen Rechtsordnung (vgl. Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3, Art. 79 Abs. 3 GG), wonach es richtig lauten muß: „Die allgemeine Rechtsordnung ist im Rahmen der Grundrechte zu verstehen — und an diesen Rahmen gebunden“; so von der Heyde, Friedrich August, Das Weiß-Blau-Buch zur Deutschen Bundesverfassung, Regensburg 1948, S. 14 f.; weitere Nachweise s. o. § 7, Fn. 3—. Das Grundgesetz kennt damit keine dem Art. 98 S. 2 BV vergleichbare Generalklausel, welche lautet: „Einschränkungen“ (der Grundrechte) „durch Gesetz sind nur zulässig, wenn die öffentliche Sicherheit, Sittlichkeit und Wohlfahrt es zwingend erfordern“.

¹⁰¹ Vgl. Art. 5 Abs. 3, Art. 9 Abs. 1 GG (ohne Vorbehalt); Art. 8 Abs. 2, Art. 10 S. 2 GG (einfacher Gesetzesvorbehalt); Art. 5 Abs. 2, Art. 6 Abs. 3, Art. 11 Abs. 2, Art. 13 Abs. 3 GG (qualifizierter Gesetzesvorbehalt).

unterliegen. Es wäre jedoch verfehlt, diese Limitierung unmittelbar aus Art. 2 Abs. 1 Hs. 2 GG abzuleiten. Denn die Einzelgrundrechte verdrängen als *leges speciales*¹⁰² das allgemeine Generalfreiheitsrecht total und nicht nur teilweise¹⁰³. Deshalb vermag Art. 2 Abs. 1 GG allenfalls „Orientierungspunkte“ für die Ermittlung der bewußten Schranken abzugeben¹⁰⁴, nicht jedoch mehr.

Als einer jener Grundrechtsausübung vorgegebene, unabdingbare Schranken kommen lediglich die von der Rechtslogik und Verfassungssystematik gebotenen Begrenzungen in Betracht: nämlich insoweit, als die Berufung auf ein Grundrecht zum Verstoß gegen andere grundrechtlich geschützte Rechtsgüter, gegen Verfassungsprinzipien des Grundgesetzes oder gegen materielle Kriminalstrafrechtsnormen führt¹⁰⁵. Ansonsten folgen die Einzelgrundrechte nur ihrer eigenen Geltungs- und Vorbehaltsregelung¹⁰⁶.

b) Im Hinblick auf Art. 9 Abs. 1 GG bedürfen diese Gedanken noch einiger spezieller Ergänzungen. Gleich vorweg kann davon ausgegangen werden, daß die vorbehaltlose Garantie der Vereinigungsfreiheit es jedenfalls im Rahmen des Art. 9 Abs. 1 GG untersagt, über den Grundrechtstatbestand und jene von der Rechtslogik gebotenen Begrenzungen hinaus zusätzliche Schrankenformeln externer Provenienz — etwa des Art. 2 Abs. 1 GG oder parallel zur höchstrichterlichen Auslegung des Art. 12 Abs. 1 GG — aufzugreifen. So verbietet sich etwa auch die Übernahme der Gedankenführung des „Apothekenurteils“¹⁰⁷. Konnte der spezifische Gesetzesvorbehalt in Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG selbst ohne Schwierigkeiten für die beiden Stufen des komplexen Berufsfrei-

¹⁰² s. o. § 17.

¹⁰³ Statt mancher vgl. *Zippelius*, Reinhold, Stw. Grundrechte, EvStLex, Sp. 721—727, 732—; s. auch Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 2 I, Rn. 8, 69.

¹⁰⁴ Vgl. *Obermayer*, BK, Art. 140, Rn. 61, 63, 58 m. w. Nachw.

¹⁰⁵ Vgl. BVerfG, Urt. v. 30. 2. 52, 1 BvR 14/52 u. a., BVerfGE 1/264—273 f.—; Urt. v. 11. 6. 58, 1 BvR 596/56, BVerfGE 7/377—411—; Beschl. v. 20. 12. 60, 1 BvL 21/60, BVerfGE 12/45—53—; Beschl. v. 26. 5. 70, 1 BvR 83/69 u. a., BVerfGE 28/243—259 f. (261)— (krit.: *Graf*, Hans Lothar, Ungeschriebene Grundrechtsschranken, BVB 1971/55 f.); vgl. *Böckenförde*, Ernst-Wolfgang, Der Stellvertreter-Fall, JuS 1966/359—362 f.—; *Obermayer*, wie vor.

¹⁰⁶ Abzulehnen insofern BVerfG, Beschl. v. 24. 2. 71, 1 BvR 438/68 u. a., BVerfGE 30/227—243—, als ausgeführt wird, die Freiheit der Vereinsbetätigung sei auch in dem von Art. 9 Abs. 2 GG nicht erfaßten Bereich mit Grenzen aus Art. 2 Abs. 1 GG versehen; zur Kritik vgl. *Rupp*, Hans Heinrich, Urteilsanmerkung, NJW 1971/1402, u. a. mit dem Hinweis auf Art. 19 Abs. 3 GG.

Vgl. *Weber*, W., Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Verfassungsproblem, Berlin 1965, S. 35; *Wolff*, H. J., Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquelle, in *Gedächtnisschrift für W. Jellinek*, München 1955, S. 33—35, 47 f.—; neueste Bestandsaufnahme m. zahlr. Nachw. bei *Achterberg*, Norbert, Antinomien verfassungsgestaltender Grundentscheidungen, in *Der Staat* 8 (1969) 159 ff.

¹⁰⁷ s. o. Fn. 97.

heitsrechts (im Sinne von Verhältnismäßigkeitserwägungen) interpretiert und modifiziert werden, so kennt Art. 9 Abs. 1 GG einen Gesetzesvorbehalt überhaupt nicht: also ist in dieser Hinsicht auch keine Abstufung denkbar. Es muß folglich abgelehnt werden, für die Ausschaltung des Vereinigungsrechts des Art. 9 Abs. 1 GG ein „überragendes Interesse“ des Gemeinwohls zu fordern bzw. zuzulassen¹⁰⁸.

Zu konstatieren ist damit erneut, daß der Verfassungsgeber Zwangsmitgliedschaften nicht schlechthin unterbinden wollte. Dabei schwebte den Vätern des Grundgesetzes jedoch ein festumrissenes Bild vor Augen welches durch die neue Verfassung zugleich ausgeschlossen werden sollte: das System geführter Massenzwangsverbände des überwundenen totalen Staates¹⁰⁹. „Mußte“ doch der nationalsozialistische Staat vorgeblich um der zwangsorganisierten Bürger, in Wahrheit um seiner selbst willen, das Gebaren jener Verbände notwendig überwachen und damit auch Einfluß nehmen¹¹⁰ auf Materien, welche jedenfalls nach heutigem Verständnis staatsfremder Natur sind¹¹¹. Gerade eine solche Befassung des Staates ist mit den Vorstellungen des Grundgesetzgebers, dem Prinzip höchstmöglicher Freiheitssicherung und jenen durch die Verfassung errichteten äußersten Grenzen der Agendenverstaatlichung¹¹² unvereinbar.

Wollte man indessen unter dem Deckmantel der „Gemeinschaftswichtigkeit“ und des „öffentlichen Interesses“ bzw. der „schutzwürdigen Interessen“ und folglich (!) der „Rechte anderer“¹¹³ Angelegenheiten zur Motivierung und Sanktionierung von Zwangszusammenschlüssen heranziehen, deren Verstaatlichung trotz ihrer „hohen Bedeutung“

¹⁰⁸ So aber Weber, Werner, Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Verfassungsproblem, Berlin 1965, S. 37.

¹⁰⁹ Vgl. Köttgen, VerwArch 44 (1939) 19 f.; Weber, W., Zwangskorporationen, S. 216; ders., JJB 8 (1967/68) 144 f.; ders., HdSW Bd. V, S. 450 f.; Bd. VI, S. 40 f.; BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 70, 1 BvR 208/65, BVerfGE 29/413—426 f.—.

¹¹⁰ Zu diesem Aspekt vgl. Bullinger, VVDStRL 22 (1965) 307 f. m. w. Nachw.

¹¹¹ Vgl. die Entwicklung von den Anfängen der Weimarer Republik (bei Nußbaum, Arthur, Das neue deutsche Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Berlin 1922, S. 49 f.) über den nationalsozialistischen Staat (bei Kühn, Friedrich, Der vorläufige Aufbau der gewerblichen Wirtschaft, AöR 27 (1936) 334 f.; auch Arendt, Karlheinz, Um die Rechtsform der wirtschaftlichen Selbstverwaltung, DÖV 1948/97 f.) bis zum Staat des Grundgesetzes (zusammenfassend Huber, E. R., Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 244 f., 250 ff.; Reuß, Grundrechte, Bd. III/1, S. 95).

Beispielhaft ist das nationalsozialistische „Gesetz über die Errichtung von Zwangskartellen“ (v. 15. 7. 33, RGBl I 488). Es ermächtigte in § 1 Abs. 1 den Reichswirtschaftsminister, zum Zwecke der Marktregelung Unternehmen zu Syndikaten, Kartellen, Konventionen oder ähnlichen Abmachungen zusammen- bzw. beizuschließen, wenn dieses Verfahren unter Würdigung der Belange der Unternehmer, der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls geboten erschien.

¹¹² s. o. (B.) II. 2.

¹¹³ s. o. (B.) III. 2.

bzw. „zwingenden Gründe“ und bei aller Weite der bestehenden Verstaatlichungsgrenzen von Verfassungs wegen unzulässig ist, so würde damit gegen das Grundgesetz verstoßen. Denn erstens ist mit dem bloß faktisch-soziologischen Kriterium der „öffentlichen“ Bedeutung oder der „Schutzwürdigkeit“ bestimmter Interessen und Aufgaben die Konsequenz verbunden, daß der die Zwangsmitgliedschaft anordnende Gesetzgeber diese spezifische Relevanz jeweils konkret bestimmen muß. Im Ergebnis werden dann die Schranken eines vorbehaltlosen Grundrechts, wie des der Vereinigungsfreiheit, in verfassungsrechtlich untragbarer Weise¹¹⁴ vom Gesetzgeber gezogen.

Zweitens widerspricht es dem Wesen und Geltungswillen von Grundrechtsverbürgungen, durch in jede Richtung dehnbare soziologische Ausdrücke verkürzt und ausgehöhlt zu werden, welche wie die „öffentlichen“ oder „schutzwürdigen“ Interessen bzw. Aufgaben keinen juristischen Begrenzungen unterliegen. Die Grundrechtsdogmatik erfordert den Einsatz normativer Begriffe, denen nach Art der hier verwendeten „staatlichen Aufgabe“ wenigstens äußerste verfassungsrechtliche Limitierungen oktroyiert sind. Nur solche Einzel-, Gruppen- oder öffentlichen Interessen, deren Verstaatlichung von Verfassungs wegen nicht gehindert ist, dürfen mit Rücksicht auf Art. 9 Abs. 1 GG der funktionellen Schaffung von Zwangsvereinigungen zugrunde gelegt werden.

Einmal mehr bietet sich zur Illustration das Beispiel genossenschaftlicher Prüfungsverbände an. Der dubiose Rückgriff auf soziologisch-faktische Zweckmäßigkeits- und Interessenerwägungen vermag die Unzulässigkeit der Verstaatlichung ihrer Prüfungsfunktionen nicht zu kompensieren. Denn in Wahrheit befördert der Gesetzgeber durch freie Interpretation soziologisch-faktischer Sachverhalte die Genossenschaftsprüfung trotz ihrer funktionellen Staatsfremdheit zu einer Agende gesteigerter öffentlicher Relevanz. Mit der konkludenten Folgerung, daß die Träger solcher Agenden dem Vereinigungsbegriff in Art. 9 Abs. 1 GG nicht unterfallen, wird das Fernbleiberecht in verfassungswidriger Weise geschmälert und nur noch gegenüber „typisch“ individuell-privaten Sozialgebilden zugestanden¹¹⁵. Im Ergebnis führt die skizzierte Schrankenziehungsmystik also auch zur unzulässigen Grundrechtsverkürzung.

Es verbietet sich somit, verfassungsexterne soziologisch-faktische Kriterien heranzuziehen, um sie je nach Bedarf und Mission zur Manipulierung und Egalisierung von Grundrechten, hier des Art. 9 Abs. 1 GG, zu mißbrauchen. Für die Auslotung der Grenzen positiver und negativer Vereinigungsfreiheit ist daher allein eine eng an Art. 9 Abs. 1 GG

¹¹⁴ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 10. 12. 60, 1 BvL 21/60, BVerfGE 12/45—53—; s. auch o. Fn. 100.

¹¹⁵ s. o. (B.) I. 2.

orientierte funktionsbezogene Interpretation zulässig. Sie verlangt für die Anordnung einer Pflichtmitgliedschaft die implizite Verstaatlichung der betreffenden Verbandsfunktionen. Zugleich verwehrt diese Auslegung, unter Zuhilfenahme rechtsirrelevanter Kriterien einen Organisationszwang auch gegenüber Trägern staatsfremder Funktionen zu errichten.

IV. Folgerungen für die Zwangsmitgliedschaft bei partieller Unzulässigkeit der Funktionenverstaatlichung

In praxi werden nicht sämtliche Agenden eines zwangsweise formierten Sozialgebildes, sondern allenfalls einzelne Aufgaben gegen jene äußersten Grenzen der Verstaatlichung bzw. einer Ausgliederung aus unmittelbar staatlicher Verwaltung verstoßen. Bei quantitativem Überwiegen der für einen Pflichtverband zulässigen Funktionen könnte eine letztliche Zulässigkeit auch der Zwangsmitgliedschaft erwogen werden. Als Argument bietet sich der Gedanke des Vereinsrechts an, wonach der ideelle Hauptzweck einer Assoziation — hier: Wahrnehmung zulässig staatlicher Aufgaben — die gelegentliche Verfolgung eines wirtschaftlichen Nebenzweckes — hier: (notwendig) staatsfremder Agenden — nicht ausschließt¹¹⁶.

In Anbetracht des grundgesetzlichen Prinzips höchstmöglicher Freiheitssicherung, des Geltungswillens von Art. 9 Abs. 1 GG, der Unabdingbarkeit wenigstens äußerster Begrenzung staatlicher Aktivitätsausuferung und schließlich der Möglichkeit, den Zwangscharakter auf andere — legale — Weise zu bewahren, ist ein solch suspekter Kompromiß jedoch abzulehnen. Solange das betreffende Sozialgebilde als Glied mittelbarer Staatsverwaltung der Verfassungsmäßigkeit seines Organisationszwanges Priorität einräumt, muß die Wahrnehmung unzulässiger Funktionen aufgegeben werden¹¹⁷. Das ist vor allem die einzige Gelegenheit, um bei Ausstattung mit Agenden, welche notwendig in *unmittelbar* staatliche Verwaltung gehören¹¹⁸, dem Art. 2 Abs. 1 GG entsprechende Verhältnisse¹¹⁹ zu schaffen. Eine zweite Alternative eröffnet sich dagegen im Falle der Beschäftigung mit (notwendig) *staatsfremden* Aufgaben: soll gerade diese Aktivität fortbe-

¹¹⁶ Vgl. Palandt-Danckelmann, Bernhard, Bürgerliches Gesetzbuch, 31. Aufl., München 1972, § 21 BGB, Erl. 1 m. w. Nachw.

¹¹⁷ In solchen Fällen gewinnt die Frage, ob für den Restbestand zulässig staatlicher Funktionen ein *zwangsweiser* Zusammenschluß noch „erforderlich“ ist, spezifische Aktualität; dazu s. gleich u. § 20; dort (unter B. III.) auch zur Problematik teilweiser Nichterforderlichkeit des Organisationszwangs.

¹¹⁸ s. o. § 10, B. II. und § 15, A. II.

¹¹⁹ s. o. (§ 19) B. II. 2. a.

stehen, so ist der betreffende Verband gehalten, auf Zwangsmitgliedschaft und funktionell staatlichen Charakter zu verzichten. Solange sich ein derartiges Gebilde jedenfalls nicht aufgelöst sieht, existiert es von Verfassungen wegen (Art. 9 Abs. 1 GG) als materiell nichtstaatliche Assoziation auf der Basis freiwilliger Zugehörigkeit, ohne daß es noch von Ausschlag wäre, ob es einen öffentlich-rechtlichen¹²⁰ oder privatrechtlichen Status¹²¹ trägt¹²².

Schließlich können auch rechtssatzmäßig nicht ausdrücklich zugewiesene Annexfunktionen von Pflichtverbänden unter dem Gesichtspunkt des Sachzusammenhangs bzw. „aus der Natur der Sache“ nur dann als zulässig erachtet werden, wenn sie zumindest vom *Zweck*, den der Gesetzgeber mit der Schaffung eben dieses Gebildes verfolgte, umfaßt und gerechtfertigt¹²³ sind und ihrer Verstaatlichung keine verfassungsrechtlichen Hemmnisse entgegenstehen.

§ 20 Die Erforderlichkeit des Organisationszwangs

A. Übermaßverbot und Zwangszusammenschluß

I. Tatbestandliche Anknüpfungspunkte des Übermaßverbots im Hinblick auf den Organisationszwang

Bei zulässiger Wahrnehmung der jeweiligen Verbandsfunktionen in staatlicher Verwaltung bestehen unter den bisherigen Aspekten zur Vereinigungsfreiheit aus Art. 9 Abs. 1 GG keine Bedenken gegen die gesetzliche Anordnung entsprechender Pflichtmitgliedschaften. Damit ist das betreffende Zwangsgebilde aber noch nicht vollends legalisiert. Denn im bisherigen Untersuchungsgang wurde lediglich abgestellt auf das „Ob“ der staatlichen Befassung, auf die Zulässigkeit der Aufgabenverstaatlichung.

¹²⁰ Etwa als Körperschaft des öffentlichen Rechts im nur formellen Sinn (§ 12).

¹²¹ Als sowohl „äußerlich“ wie funktionell privates Rechtssubjekt im Gegensatz zum Beliehenen.

¹²² Zur staatsorganisationsrechtlichen Betrachtungsweise s. o. § 16, B. II.

¹²³ Vgl. treffend BGH, Beschl. v. 7. 11. 60, AnwZ(P) 1/60, BGHZ 33/381—385—; Beschl. v. 10. 7. 61, AnwZ(B) 18/61, BGHZ 35/292—293 f.—; jeweils m. w. Nachw.; mit der sog. ultra-vires-Lehre: BGH, Urt. v. 28. 2. 56, I ZR 84/54. BGHZ 20/119 (Ls. 1) —122 f.—; zustimmend: Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 449 (Fn. 2, m. w. Nachw. zur Kritik dieser Auffassung); Wolff, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. I, § 34 I b 2 (S. 212).

Dagegen konnten die weiteren Merkmale zwangsorganisierter Aktivität, nämlich die Tatsache der Aufgabenzuweisung an ein *organisiertes* Sozialgebilde und seine hinzutretende *zwangsweise* Bildung, einer näheren verfassungsrechtlichen Beurteilung noch nicht unterworfen werden. Hier geht es also nicht mehr um die bereits abgehandelte Frage nach Rechtfertigung und Grenzen für die Tangierung einzelner Verfassungssätze durch die funktionelle Verstaatlichung der Agenden von Zwangskörperschaften. Vielmehr steht jetzt im Mittelpunkt des Interesses das „Wie“ der Verstaatlichung als solcher, die Modalitäten des staatlichen Zugriffs.

Für die Beurteilung dabei erwachsender Grundrechtsbeeinträchtigungen bedarf es einmal mehr des Rückgriffs auf das Übermaßverbot¹. Allerdings gewinnt es spezifische Relevanz nicht bereits für das Merkmal der *organisierten* Aufgabenträgerschaft. Im Falle der gewöhnlich auf Selbstverwaltungsbasis operierenden Körperschaften (im materiellen Sinn) begnügt sich das Übermaßverbot mit der Existenz sachlicher, dem gesetzgeberischen Ermessen anheimgestellter Gründe für die Schaffung eines mitgliedschaftlich strukturierten Aufgabenträgers der mittelbaren Staatsverwaltung und für den damit korrespondierenden Verzicht auf unmittelbar staatliche Befassung².

Die Organisation und Entfaltung von Kräften, welche mit den angewiesenen Materien vertraut sind und sachgerechte Entscheidungen versprechen, folgt im Grunde dem Prinzip rational und rationell eingesetzter Staatsgewalt und damit letztlich auch dem Übermaßverbot. Gleiches gilt für die Aufgabenübertragung zur selbständigen Entscheidung und für die maßgebende Mitwirkung der Verbandszugehörigen an der jeweiligen Willensbildung.

Solange das Merkmal organisierter Aufgabenträgerschaft auf freiwilliger Formierung des betreffenden Sozialsubstrats beruht, werden Verfassungsprobleme grundrechtlicher Art nicht erwachsen. Haben doch die „Betroffenen“ etwaige Belastungen und Obligationen aus freien Stücken auf sich genommen, so daß von einem „Eingriff“ nicht die Rede sein kann³. Damit gewinnt anlässlich dieser vorwiegend organi-

¹ s. o. § 19, B. II. 2. c.

² Vgl. Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 51; Leisner, AöR 93 (1968) 188; Lерche, Arbeitskammer, S. 60; Martens, Öffentlich, S. 116, 161; Reuß, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 35; Rietdorf, DÖV 1959/671—673—; BVerfG, Urt. v. 29. 7. 59, 1 BvR 394/58, BVerfGE 10/89—102 ff.—; Beschl. v. 19. 12. 62, 1 BvR 541/57, BVerfGE 15/235—242—.

Vgl. etwa die Wahrnehmung staatlicher Funktionen auf dem Gebiet des Zivilschutzes durch den auf freiwilliger Basis gebildeten Bundesverband für den Selbstschutz, s. o. § 11, B. II. 1.

³ Unverständlich insofern Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 455, demzufolge es keinen Unterschied macht, „ob die Mitgliedschaft auf Zwang oder Freiwilligkeit beruht“.

sationsrechtlichen Fragen⁴ auch das Übermaßverbot keine besondere Bedeutung. Dogmatische Probleme entstehen erst beim Merkmal *zwangsweiser*⁵ Zusammenfassung und Bildung des Sozialsubstrates derartiger Funktionsträger. Die Thesen des Übermaßverbots werden daher dem Organisationszwang als solchen anzulegen sein.

II. Grundrechtliche Anknüpfungspunkte des Übermaßverbots im Hinblick auf den Organisationszwang

1. Art. 9 Abs. 1 GG?

Gewinnt das Übermaßverbot in diesem Stadium der Untersuchung seine spezifische Relevanz am tatbestandlichen Moment des Zwangszusammenschlusses selbst, so erscheint es nur folgerichtig, wenn es als Verbot übermäßiger Beschränkung von Grundrechten unmittelbar der Beurteilung von Pflichtmitgliedschaften aus Art. 9 Abs. 1 GG zugrunde gelegt wird⁶. Für eine solche Verknüpfung ist jedoch kein Raum. Denn die Vereinigungsfreiheit wird von dieser Grundrechtsnorm allein für funktionell nichtstaatliche bzw. staatsfremde Assoziationen verbürgt, während sie gegenüber funktionell staatlichen Gebilden überhaupt fehlt. Dabei ist es selbst ohne Belang, ob es sich um Glieder der unmittelbaren oder der mittelbaren Staatsverwaltung handelt.

Im Hinblick auf funktionell staatliche Organisationen kann folglich der Ausfall des ohnehin fehlenden Fernbleiberechts auch nicht von zusätzlichen Voraussetzungen etwa im Sinne des Übermaßverbots abhängig gemacht werden. Diese Folgerung sieht sich von der notwendigen Kongruenz zwischen positiver und negativer Vereinigungsfreiheit bestätigt. Versagt man einerseits das positive Beitrittsrecht zu funktionell staatlichen Gebilden, so muß dasselbe ohne „Zutaten“ auch für das Fernbleiberecht gelten. Andererseits kommt eine gleichzeitige Einbeziehung des Übermaßverbots in beide Freiheitsalternativen des Art. 9 Abs. 1 GG nicht mehr in Betracht. Seine gegenwärtige Bezugnahme auf das „Wie“ des staatlichen Agierens setzt nämlich die vorherige bejahende Antwort auf das „Ob“ — die Zulässigkeit — der staatlichen Befassung voraus. Kann folglich das Übermaßverbot bei der Frage nach der Zulässigkeit des Organisationszwangs schon nicht im Rahmen der positiven Vereinigungsfreiheit erörtert werden, so muß es auch gegen-

⁴ Dazu ausf. s. o. §§ 14—16.

⁵ Zur Maßgeblichkeit des Übermaßverbots bei zwangsweisem Zusammenschluß mehrerer Gemeinden zu einem kommunalen Schulträger vgl. BVerfG, Beschl. v. 24. 6. 69, 2 BvR 446/64, BVerfGE 26/228—239, 244—.

⁶ So Brohm, Strukturen, S. 280; Gass, DÖV 1960/778—782—; Quidde, DÖV 1958/521—524—.

über dem Fernbleiberecht ausgeklammert bleiben. Schließlich würde durch seine Einbeziehung allein in die negative Vereinigungsfreiheit jene symmetrische Wechselbeziehung zwischen den beiden Alternativen des Vereinigungsgrundrechts unzulässig aufgegeben.

2. Art. 2 Abs. 1 GG!

Die verfassungsrechtliche Beurteilung des Organisationszwangs als solchen wird durch die *nunmehrige* Unbehelflichkeit des Art. 9 Abs. 1 GG nicht in Frage gestellt⁷. Die Maßgeblichkeit des Übermaßverbotes muß hierfür lediglich in Verbindung mit einer weiteren Grundrechtsnorm gesehen werden. Denn die gesetzliche Eingliederung von Rechtssubjekten löst noch andere als nur jene von Art. 9 Abs. 1 GG hervorgekehrten Funktionsprobleme aus: der Zwangsbeschluß belastet auch die nach bejahenswerter herrschender Meinung und ständiger Rechtsprechung in Art. 2 Abs. 1 GG als allgemeine menschliche Handlungsfreiheit geschützte freie Persönlichkeitsentfaltung⁸. Ist folglich die Aussage der *lex specialis*, des Art. 9 Abs. 1 GG, auf Grund zulässiger Verstaatlichung der jeweiligen Verbandsfunktionen „verbraucht“, muß die Verfassungsmäßigkeit des organisatorischen Eingriffs als solchen — des Zwangs — noch an der Auffangnorm des Art. 2 Abs. 1 GG gemessen werden.

Unter dem Gesichtspunkt der „verfassungsmäßigen Ordnung“ in Art. 2 Abs. 1 GG kommt als Grundlage für eine zulässige Einschränkung des Generalfreiheitsrechts jede formell und materiell der Verfassung entsprechende Rechtsnorm in Frage⁹. Bei der vorzunehmenden Analyse, ob ein freiheitsbeschneidendes — hier: den Organisationszwang verfügendes — Gesetz zur verfassungsmäßigen Ordnung zählt, muß auch das Übermaßverbot Berücksichtigung finden⁹.

⁷ Das nehmen aber *Brohm*, Strukturen, S. 280, *Gass*, DÖV 1960/778—782—, und *Quidde*, DÖV 1958/521—524— an, weil sie — ohne Ausschöpfung des wahren Gehalts von Art. 9 Abs. 1 GG, s. o. § 19 — allzu einseitig auf Art. 2 Abs. 1 GG blicken; dazu vgl. *Lerche*, Übermaß, S. 216, Fn. 30.

⁸ Dazu s. o. § 5, B.; § 7 (B.); § 17.

⁹ Zum Übermaßverbot bei Eingriffen in Art. 2 Abs. 1 GG vgl. *BVerfG*, andeutungsweise schon *Beschl. v. 7. 4. 64*, 1 BvL 12/63, BVerfGE 17/306—313 f.—; ständige Rechtsprechung aber erst seit *Urt. v. 5. 8. 66*, 1 BvF 1/61, BVerfGE 20/150—155— (dazu vgl. *Rupp*, NJW 1966/2037—2039—); vgl. weiter *Beschlüsse v. 23. 5. 67*, 2 BvR 534/62, BVerfGE 22/21—26 f.—; *v. 14. 11. 69*, 1 BvR 253/68, BVerfGE 27/211—219—; *v. 15. 1. 70*, 1 BvR 13/68, BVerfGE 27/344—351—; *v. 14. 10. 70*, 1 BvR 307/68, BVerfGE 29/221—242 f.—; *Urt. v. 15. 12. 70*, 2 BvF 1/69 u. a., BVerfGE 30/1—20—.

B. Ermittlung der Erforderlichkeit des Zwangs

I. Erforderlichkeitsgrundsatz und Art. 2 Abs. 1 GG

Von der Forderung des Übermaßverbots nach Verhältnismäßigkeit (im engeren Sinn) und Erforderlichkeit potentieller Grundrechtsbeeinträchtigungen besitzt für die Beurteilung der Zulässigkeit des Organisationszwanges nur die letztere Variante Relevanz. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erfährt mit seinem Postulat nach angemessener Relation von Mittel und Zweck durch die im Ergebnis nur geringfügigen Auswirkungen¹⁰ jedenfalls der üblichen Zwangsmitgliedschaften keine Belastung.

Im Hinblick auf die Einschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit gebietet das Erforderlichkeitsprinzip demgegenüber, daß von mehreren, zur Zweckerreichung tauglichen Mitteln nur dasjenige gewählt werden darf, welches die geringsteinschneidenden Wirkungen auslöst¹¹. Als vom Übermaßverbot nicht gedeckte und überspitzte Forderung muß es folglich angesehen werden, wenn die Zulässigkeit des Organisationszwangs an der „Daseinsnotwendigkeit“¹² bzw. „Unerläßlichkeit“¹³ des Zwangsverbandes gemessen wird. Trotz seiner nicht unerheblichen Ansprüche gibt sich der richtig verstandene Erforderlichkeitsgrundsatz mit weniger zufrieden: nämlich damit, daß die dem Sozialgebilde zugrunde liegenden staatlichen Aufgaben ohne Zwangsmitgliedschaft nicht oder nicht ordnungsgemäß erfüllt werden können¹⁴.

Die Anordnung eines demnach nicht erforderlichen, also übermäßigen bzw. (im weiteren Sinne) unverhältnismäßigen Organisationszwangs läßt die jeweilige freiheitsbeschneidende Rechtsnorm als verfassungswidrig erscheinen. Denn das betroffene Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG ist in seinem Wesensgehalt angetastet, wenn es über das erforderliche Maß hinaus eingeschränkt wird. Mangels Zugehörigkeit jener Norm zur verfassungsmäßigen Ordnung erweist sich eine darauf gestützte Zwangsmitgliedschaft folglich wegen Verstoßes gegen Art. 2 Abs. 1 GG als nichtig.

¹⁰ S. o. § 7, A. I.

¹¹ Vgl. von Krauss, Verhältnismäßigkeit, S. 14 ff.; Lerche, Übermaß, S. 19 f., 162 f.; Legaldefinition: Art. 8 Abs. 1 BayPAG.

¹² S. o. § 3 Fn. 46, 47.

¹³ Vgl. Quidde, DÖV 1958/521—524—.

¹⁴ Vgl. Reuß, Wilhelm, Verfassungsrechtliche Grundsätze zum Organisationsrecht der Wirtschaft, DVBl 1953/684—686—; ders., Grundrechte, Bd. III/1, S. 124; Rupp, VVDStRL 27 (1969) 113—135, 141 (Ls. III. 2) —; Weber, W., JJB 8 (1967/68) 150 f.; ders., Zwangskorporationen, S. 216; auch BVerfG, Beschl. v. 16. 3. 71, 1 BvR 52/66 u. a., BVerfGE 30/292—315 f.—.

II. Interdependenz zwischen Belastung und Erforderlichkeit

Wie das komplexe Übermaßverbot betrifft seine spezielle Erforderlichkeitsmaxime primär nicht Eingriffsgrund oder -zweck (etwa das öffentliche Interesse an der Aufgabenwahrnehmung durch ein Zwangsgebilde), sondern Gestaltung und Ausmaß der betreffenden Grundrechtsbelastung¹⁵, hier: des Organisationszwanges. Es genügt folglich nicht, bei der Beurteilung von Pflichtverbänden das Merkmal des Zwangs undifferenziert am Erforderlichkeitsgrundsatz zu messen. Vielmehr muß auf die konkrete Ausgestaltung der einzelnen Zwangsmitgliedschaft abgestellt werden. So wird danach zu fragen sein, ob mit der jeweiligen Pflichtzugehörigkeit ein Beitragszwang oder andere Leistungspflichten gekoppelt sind. Doch bereits die reine Zwangszugehörigkeit zu einem Sozialgebilde vermag ohne zusätzliche Obligationen die allgemeine Handlungsfreiheit der bloßen Buchmitglieder zu belasten, indem sich diese von Fall zu Fall mit Gebaren und Äußerungen „ihres“ Verbandes identifiziert sehen. Je mehr indes der gesetzliche Zwangsbeischluß samt seinen Attributen die „menschliche Handlungsfreiheit berührt, umso sorgfältiger müssen die zur Rechtfertigung vorgebrachten Gründe gegen den primären Freiheitsanspruch des Bürgers abgewogen werden“¹⁶.

Die Einhaltung jener auch die gesetzgebende Gewalt bindenden Erforderlichkeitsmaxime ist gerichtlich voll nachprüfbar. Denn im unbestimmten Rechtsbegriff „erforderlich“ finden sich die unerläßlichen abstrakten Merkmale für ein solches Vorhaben. Als von der Natur der Sache bedingte Anhaltspunkte für ein präzisiertes Bedürfnis können sie einer entsprechenden Analyse unschwer zugrunde gelegt werden¹⁷.

III. Folgerungen für die Zwangsmitgliedschaft bei partieller Nichterforderlichkeit des Organisationszwangs

Stellt sich bei Pflichtverbänden heraus, daß der Zwangszusammen-schluß als solcher für die Wahrnehmung einzelner ihrer Agenden nicht erforderlich gewesen ist, so hängt der letztliche Fortbestand derartiger Zwangskörperschaften davon ab, ob ihre sonstigen Aufgaben den

¹⁵ Vgl. *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip, S. 88 f.; *Lerche*, Übermaß, S. 200 f.; ders., Verfassungsprobleme, S. 28; *Zippelius*, DVBl 1956/353—354—.

¹⁶ Vgl. *BVerfG*, Urt. v. 5. 8. 66, 1 BvF 1/61, BVerfGE 20/150—159—; neuestens Beschl. v. 16. 3. 71, 1 BvR 52/66 u. a., BVerfGE 30/292—315 f.—.

¹⁷ Zum unbestimmten Rechtsbegriff vgl. *BVerwG*, Vorlagebeschl. v. 13. 2. 70, VIII C 75/66, DVBl 1970/543 f.; zur Ermittlung der Erforderlichkeit und zur Differenzierung in eine absolute und relative „Notwendigkeit“ vgl. *von Krauss*, Verhältnismäßigkeit, S. 58 f.

Organisationszwang dennoch zweifelsfrei zu stützen vermögen. Das Kriterium der Notwendigkeit zwangsweisen Zusammenschlusses muß folglich nicht für jede einzelne Verbandsaufgabe erfüllt sein.

Allerdings bedingt diese These eine konsequente rechtliche Trennung zwischen den Vorgängen der Aufgabenverstaatlichung und des Zwangsbeischlusses. Während letzterer nicht für jede einzelne Körperschaftsagenda „erforderlich“ sein muß, darf vom Postulat nach ausnahmslos zulässiger Verstaatlichung jeder einzelnen Verbandsaufgabe¹⁸ nicht abgerückt werden. Demnach ist es nicht zulässig, das Verbot einer Wahrnehmung (notwendig) staatsfremder Funktionen durch Zwangskörperschaften über die weniger kompromißlose Formel von der Erforderlichkeit des Organisationszwangs zu umgehen, wie es geschieht, wenn argumentiert wird: „Für die Frage der Zulässigkeit der Zwangsmitgliedschaft im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 GG kann jedoch eine nur beschränkte verfassungswidrige Betätigung der Kammern nicht zu einem generellen Ausschluß des Mitgliedszwangs führen, wenn diese zur Erfüllung auch nur einer im Schwerpunkt liegenden verfassungsrechtlich unbedenklichen Aufgabe notwendig ist“¹⁹.

Derartige Auslassungen leiden am hin und wieder anzutreffenden Mangel konsequenter Differenzierung¹⁹ zwischen den Prämissen für verfassungskonforme Zwangsmitgliedschaften: nämlich der von Art. 9 Abs. 1 GG geforderten Zulässigkeit einer Wahrnehmung sämtlicher Verbandsaufgaben in staatlicher Verwaltung und der aus Art. 2 Abs. 1 GG postulierten zusätzlichen Erforderlichkeit des Organisationszwanges. Bei der Beurteilung des Pflichtbeischlusses als solchen müssen verfassungsrechtliche Erwägungen zur Aufgabenverstaatlichung bereits im Sinne ihrer Zulässigkeit positiv abgehandelt sein. Daher kommt in diesem Stadium auch eine Heranziehung einzelner grundgesetzlicher Subsidiaritätsgedanken²⁰ nicht mehr in Betracht.

Im Ergebnis ist somit festzuhalten, daß Zwangskörperschaften ausnahmslos zulässig staatlicher Aufgaben bedürfen, während die Erforderlichkeit des Organisationszwanges nicht für jede einzelne Agenda nachgewiesen sein muß.

¹⁸ s. o. § 19, B. IV.

¹⁹ So statt mancher Vossieg, Zwangsmitgliedschaft, S. 86; weitere Beispiele s. auch o. § 19, B. III. 2. (mit Fn.).

²⁰ s. o. § 19, B. II. 2. b.

Siebentes Kapitel

Verfassungsmäßigkeit der Pflichtzugehörigkeit bei Arbeitnehmerkammern

Überblick

Der abschließenden Betrachtung zur Pflichtzugehörigkeit bei Arbeitnehmerkammern ist es aufgegeben, die Praktikabilität der entwickelten Thesen unter Beweis zu stellen und nach der Verfassungsmäßigkeit des Zwangszusammenschlusses zu solchen Gebilden zu fragen.

Angesichts der interessenorientierten Aktivität von Arbeitnehmerkammern und der Entscheidung des Art. 9 Abs. 1 GG für die funktionelle Staatlichkeit von Zwangsverbänden bedarf es zunächst einer generellen Stellungnahme zur staatlichen Befassung mit Partikularinteressen (§ 21). Sodann sei die Pflichtzugehörigkeit bei bestehenden Arbeitnehmerkammern einer verfassungsrechtlichen Beurteilung unterzogen (§ 22).

§ 21 Die Befassung mit Partikularinteressen als Staatsfunktion?

A. Interessenkonstellationen bei der Aktivität von Arbeitnehmerkammern

Der Blick auf die Agenden von Arbeitnehmerkammern zeigt, daß diese Körperschaften nicht als Organe der Standesaufsicht konzipiert sind. Insbesondere fehlt die Instituierung eines ehrengerichtlichen Verfahrens¹, die Ermächtigung zur Kontrolle des Zugangs zu einzelnen Berufen² bzw. zur Regelung bestimmter Berufsausübungen³. Im Vorder-

¹ Vgl. §§ 92 ff. BRAO; Art. 27 f. BayArchG; Art. 37 f. BayKammerG.

² Vgl. §§ 6 ff. HdWO.

³ Die Übertragung einzelner Prüfungsfunktionen an Arbeitnehmerkammern findet sich lediglich bei den bremischen Kammern (vgl. § 1 Abs. 3

grund der Aktivität von Arbeitnehmerkammern steht vielmehr die direkte und indirekte Befassung mit den Interessen von Arbeitern und Angestellten. Deshalb sei die weitere Abhandlung auf eine Analyse dieser Ständesvertretung ausgerichtet.

I. Interessenvertretung im Außenbereich⁴

Die Tätigkeit von Arbeitnehmerkammern im Außenbereich⁵ erfolgt primär gegenüber dem Staat, indem zum ersten auf Ersuchen des Gesetzgebers, der unmittelbaren Staatsverwaltung und der Judikative Berichte und Stellungnahmen abgegeben werden. Es handelt sich also im wesentlichen darum, daß zur Erledigung anstehender Lagen und Probleme Entscheidungshilfe geleistet und fachliche Information geboten werden. Ergehen diese Maßnahmen der Arbeitnehmerkammern auch vorrangig zugunsten des Staates, so eignet ihnen doch die gleichzeitige Komponente mittelbarer Repräsentation und Geltendmachung von Arbeitnehmerinteressen⁶.

Die Zulässigkeit der Verfolgung derartiger Agenden durch Arbeitnehmerkammern steht außer Zweifel. Denn bei Vorgängen der innerstaatlichen Kommunikation zwischen der unmittelbaren Staatsverwaltung und Gliedern der mittelbaren Staatsverwaltung handelt es sich in der Regel um die Erfüllung übertragener bzw. auferlegter Staatsaufgaben durch das jeweilige berichtende Gebilde, ohne daß die indirekte Förderung individueller Gruppeninteressen an der Zulässigkeit solcher Aktivität Bedenken aufkommen ließe.

Deutlicher wird die Vertretung von Arbeitnehmerinteressen zum zweiten dort, wo es um die Zusammenarbeit der Kammern mit anderen Erscheinungen der mittelbaren Staatsverwaltung, etwa mit Universitäten, Handwerksinnungen oder Industrie- und Handelskammern geht. Eine intensivierte Variante der Interessenvertretung zeigt sich drittens im Falle unaufgeforderten, spontanen Tätigwerdens der Arbeitnehmerkammern gegenüber dem Staat, sei es, daß mittels Anregungen und — über die Aufsichtsbehörde geleiteten — Anträgen Einflußnahme auf staatliche Vorhaben und Planungen erstrebt wird, sei es, daß die Kammerauffassung zu anstehenden oder bereits ergangenen Entscheidungen an einzelne Abgeordnete herangetragen oder allgemein publiziert wird.

bremArbnKG und daraufhin ergangene Prüfungsordnungen der Angestelltenkammer Bremen für die Abnahme von Fachprüfungen für Organisatoren, Programmierer, Seehafenspediteure und Sekretärinnen). Derartiges kehrt aber in keinem Entwurf für weitere Arbeitnehmerkammern (s. o. § 2, Fn. 5, 6) noch im saarländischen ArbKG wieder. Das Prüfungswesen kann daher nicht als typische Aufgabe von Arbeitnehmerkammern angesehen werden, zumal es auch in Bremen nicht von zwingender Natur für die Berufswahl ist.

⁴ Konkrete Beispiele aus der Betätigung von Arbeitnehmerkammern s. o. § 2, C. I.

⁵ Zu dieser Differenzierung vgl. *Buchholz*, Interessen, S. 302, Fn. 98; *Großmann*, RdA 1968/297—300, 305—; *Lerche*, Arbeitskammer, S. 22 f., 62; *Thieme*, Subsidiarität, S. 26; *Zacher*, Arbeitskammern, S. 17, 30.

⁶ Eine solche Doppelwirkung ist im öffentlichen Recht häufig anzutreffen: vgl. die Gefahrenabwehrfunktion der Polizei zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung mit indirekter Begünstigung auch des einzelnen Rechtsgenossen; ausf. vgl. *Leisner*, DÖV 1970/217—219 f.—.

Ferner erstreckt sich die Interessenvertretung der Arbeitnehmerkammern im Außenbereich selbst auf *nichtstaatliche* Rechtssubjekte, also Private, und auf die Gesellschaft. So pflegen die Kammern in einschlägigen Angelegenheiten Kontakt mit Parteien, Arbeitgeberverbänden, Gewerkschaften, Kirchen und sonstigen Vereinigungen, sowie mit ausländischen Parallelorganisationen. Nicht unerwähnt bleiben soll schließlich die allgemeine Öffentlichkeitsarbeit, durch welche weiteste Bevölkerungskreise mit den Anliegen der Arbeitnehmerschaft vertraut gemacht werden.

II. Interessenwahrnehmung im Innenbereich⁷

Der Schwerpunkt aller Aktivität von Arbeitnehmerkammern liegt indes bei der Interessenwahrnehmung im Innenbereich, d.h. in der Erbringung von Leistungen verschiedener Art gegenüber den Kammerangehörigen, den Arbeitnehmern⁸. Als Pendant zur staatsorganschaftlichen Berichterstattung von unten nach oben tritt hinzu die Information von oben nach unten, indem etwa die Arbeitnehmer über spezielle Gesetzgebungsabsichten unterrichtet werden.

Zwar ergeben sich Kontroversen über die Zulässigkeit der Betätigung von Arbeitnehmerkammern bereits hinsichtlich der geschilderten, vom Staat im Einzelfall nicht aufgetragenen spontanen Interessenvertretung nach außen. Aber der eigentliche Konfliktpunkt jeder Diskussion um diese Gebilde eröffnet sich insbesondere an ihrer Wahrnehmung von Arbeitnehmerinteressen im Innenbereich. Zur Klärung dieser Probleme wird einmal zu fragen sein nach den Praktiken zur Ermittlung der Arbeitnehmerinteressen und ferner nach Maximen für solche Interessenbefassung durch eine öffentlich-rechtliche Zwangskörperschaft.

III. Interessenformierung durch die Arbeitnehmerkammer

Interessen⁹ hat jedes Individuum — vorausgesetzt es ist sich ihrer bewußt. Aber vorgegebene und übereinstimmende Interessen aller Arbeitnehmer sind nur schwerlich aufzufinden. Mag solches noch bei Zusammenschlüssen der Angehörigen eines und desselben Berufes, wie etwa den Architektenkammern, gelegentlich nachweisbar sein, so wird die kontroverse Interessensituation bei Arbeitnehmerkammern

⁷ Konkrete Beispiele s. o. § 2, C. II.

⁸ Vgl. *Brohm*, Strukturen, S. 57; *Buchholz*, Interessen, S. 302, Fn. 198; *Galperin*, RdA 1953/5—6—; *Großmann*, RdA 1968/297—300—; *Lerche*, Arbeitskammer, S. 23; *Zacher*, Arbeitskammern, S. 17, 30.

⁹ Der Begriff „Interesse“ ist vieldeutig. Im allgemeinen Sprachgebrauch wird darunter diejenige Relevanz verstanden, welche „Lebensgüter für die Menschen haben, ... das Begehren nach Lebensgütern“, vgl. *Heck*, Philipp, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932, S. 37; vgl. auch S. 26 f., 36; weitergehend *Ryffel*, Öff. Interessen, S. 13, welcher unter „Interesse“ jene Bestrebungen versteht, die dem einzelnen dienen.

angesichts der Tatsache verständlich, daß sie Menschen aus vielfältigsten Berufszweigen und unterschiedlichen Einkommensklassen vereinigen.

Solchen Kammern obliegt es denn auch, die jeweiligen Einzelinteressen zu sichten, nach ihrer Vereinbarkeit zu analysieren, gegeneinander abzuwägen, einseitige Interessentenwünsche zurückzudrängen und endlich im Wege des Interessenausgleichs das Gesamtinteresse der Arbeitnehmerschaft zu ermitteln¹⁰. Nur auf diesem Wege gelingt es, die geeignete Plattform zur notwendigen Versachlichung der Körperschaftsarbeit zu gewinnen und das Gesamtinteresse der Verbandsmitglieder als eines der zahlreichen Gruppen- oder Partikularinteressen¹¹ innerhalb der staatlichen Gemeinschaft darzustellen und wahrzunehmen.

B. Die Gemeinwohlverpflichtung des Staates

I. Existenz des Gemeinwohlbegriffs

Da es sich bei Arbeitnehmerkammern um Glieder der mittelbaren Staatsverwaltung¹² handelt, gelten für ihre Betätigung die gleichen rechtlichen Prämissen, wie sie dem Staat generell vorgezeichnet sind. Für die grundsätzliche Beurteilung der Zulässigkeit einer Wahrnehmung von Partikularinteressen durch Zwangskörperschaften des öffentlichen Rechts liegt es folglich nahe, auf die These vom Gemeinwohlbezug¹³ des Staates einzugehen. Denn gelegentlich wird behauptet, eine

¹⁰ Vgl. *Arendt*, Karlheinz, Um die Rechtsform der wirtschaftlichen Selbstverwaltung, DÖV 1948/97—101—; *Brohm*, Strukturen, S. 57; *Buchholz*, Interessen, S. 301; ähnlich *Frentzel*, Gerhard, Urteilsanmerkung, GewArch 1963/92; *Großmann*, RdA 1968/297—306—; *Huber*, E. R., Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 109, 218 f.; ders., VerwArch 37 (1932) 301—337—; *Lerche*, Arbeitskammer, S. 62; *Most*, Selbstverwaltung, S. 29; *Pohle*, VerwArch 53 (1962) 201—218—; *Rietdorf*, DÖV 1959/671—673—; *Ryffel*, Öff. Interessen, S. 14; *Vossieg*, Zwangsmitgliedschaft, S. 61 f., 64 f., 84 f.; *Weber*, W., Zwangskorporationen, S. 212; *Wolf*, M., Verbände S. 20 f.; *Zacher*, Arbeitskammern, S. 30 f., 32; *BVerfG*, Urt. v. 29. 7. 59, 1 BvR 394/58, BVerfGE 10/89—105—; beachtenswert § 1 Abs. 1 IHKG: „Die Industrie- und Handelskammern haben ... das Gesamtinteresse der ihnen zugehörigen Gewerbetreibenden ... wahrzunehmen ... und ... die wirtschaftlichen Interessen einzelner Gewerbe- zweige oder Betriebe abwägend und ausgleichend zu berücksichtigen“; vgl. auch § 91 Abs. 1 Ziff. 1 HdwO.

¹¹ Zur Terminologie ausf. *Buchholz*, Interessen, S. 86 f., 182 f.; *Häberle*, Öff. Interesse, S. 525 f. und passim.

¹² s. o. § 11, C.

¹³ Dabei soll unter „Gemeinwohl“ der gleiche unbestimmte Rechtsbegriff verstanden werden, wie ihn die Bezeichnungen „öffentliches Wohl“, „Wohl der Allgemeinheit“, „Allgemeinwohl“, „Allgemeininteresse“ und „öffentliches Interesse“ umschreiben; ausf. Bestandsaufnahmen und Nachweise zu diesen Begriffen geben *Buchholz*, Interessen, S. 102 f.; *Häberle*, Peter,

staatliche Aufgabenbefassung sei unzulässig, wenn sie der Verfolgung von Gruppeninteressen diene¹⁴.

Die Existenzberechtigung eines Begriffs vom Gemeinwohl sieht sich mitunter durch die Überlegung in Frage gestellt, daß es in Wirklichkeit stets um das Wohl einzelner Personen oder Gruppen und um die Verbrämung bloßen Interessenausgleichs gehe. Von einem komplexen „Wohl der Allgemeinheit“ könne daher nicht die Rede sein¹⁵.

Dem Wesen des modernen Staates ist jedoch zu entnehmen, daß er auf Grund seiner Neutralitätspflicht gegenüber privaten Meinungen und Ideologien im Bereich gegenständlicher Allgemeinheit angesiedelt ist¹⁶. In Verbindung mit der Konzentration aller öffentlichen Gewalt beim Staat folgt daraus das Verbot, hoheitliche Potenzen zur unmittelbaren Verfolgung ausschließlich individuell-privater Belange einzusetzen. Die Aktivität des Staates kann mithin nur der Allgemeinheit verpflichtet sein, d. h.: der moderne Staat ist gehindert, unmittelbar auf das Wohl einzelner Privilegierter hinzuarbeiten. Er hat vielmehr das Wohl der Allgemeinheit — *bonum commune, salus publica* — zu verwirklichen¹⁷.

„Gemeinwohljudikatur“ und Bundesverfassungsgericht, AöR 95 (1970) 86 f.; ders., Öff. Interesse, passim; Klein, W., Begriff, S. 4, 6 f., 10 f.; Weustenfeld, Winfried, Die Bedeutung des „Gemeinwohls“ im Rechts- und Staatsdenken der Gegenwart, Diss. Münster 1962, S. 6, 97 f.

Zur Identifizierung all jener Termini vgl. Obermayer, Klaus, Verfassungswidriges Enteignungsrecht, BVBl 1971/209—211—; Ryffel, Öff. Interessen, S. 15 m. w. Nachw.; zum öffentlichen Interesse aus zivilrechtlicher Sicht: Schulte, Hans, Eigentum und öffentliches Interesse, Berlin 1970, S. 70 f., 194 f., 310.

¹⁴ Vgl. Redeker, JZ 1954/625—628—; Reuß, Wilhelm, Das Bundesverfassungsgericht zur Handwerksordnung, DVBl 1961/865—868 f.—.

¹⁵ Vgl. Martens, Öffentlich, S. 183, 187 f.; Zippelius, Allg. Staatslehre, S. 80; Nachweise zur Diskussion auch bei Krüger, H., Allg. Staatslehre, S. 765.

¹⁶ Grundsatz der Nicht-Identifikation, vgl. Krüger, H., aaO, S. 178 f., 763.

¹⁷ Vgl. Becker, Erich, Öffentliche Interessen und öffentliches Wohl bei der gemeindlichen Neugliederung, in Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 39, Berlin 1968, S. 73—76, 82—; Brohm, Strukturen, S. 165; Dürig, JZ 1953/193—198—; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 2 I, Rn. 52; Eyermann, Erich — Fröhler, Ludwig, Handwerksordnung, 2. Aufl., München, Berlin 1967, § 94, Rn. 1; Grundlach, Gustav, Stw. Gemeinwohl, Staatslexikon, Bd. III, Freiburg 1959, Sp. 737—738—; Herschel, Staatsentlastende Tätigkeit, S. 253; von Heyl, Cornelius-Adalbert, Stw. Gemeinwohl, EvStLex, Sp. 611—612—; von Hippel, Allg. Staatslehre, S. 213; Huber, H., Staat, S. 17; Ipsen, Hans-Peter, Zur Legalität des Werbefernsehens, NJW 1963/2049—2054—; ders., Rechtsfragen zur „Ausgliederung“ des Werbefernsehens, NJW 1963/2102—2103—; Isensee, Subsidiaritätsprinzip, S. 208 f.; Klein, H. H., DÖV 1965/755—759—; ders., Teilnahme, S. 141 f.; Krautzberger, Aufgaben, S. 69 f.; Krüger, H., Allg. Staatslehre, S. 327 f., 763 f., 873 f., 897; Küchenhoff, Allg. Staatslehre, S. 21 f.; Löffler, N. N., Private Wirtschaftswerbung durch öffentliche Rundfunkanstalten, BB 1966/729—730—; Müller, G., Die Arbeitskammer 1966/88 f.; Peters, Aufgaben, S. 878 f.; Quidde, DÖV 1958/521—524—; Thieme, Subsidiarität, S. 26; Wolff, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. I, § 2 II b 1 (S. 10 f.).

Diese dem modernen Staatsbegriff inhärente¹⁸ Verpflichtung aller Staatstätigkeit¹⁹ — also auch der Aktivität von Körperschaften im materiellen Sinn²⁰ — auf das Gemeinwohl wird auch aus den demokratischen Grundvorstellungen abgeleitet²¹. Aber die Tatsache, daß selbst Staaten ohne demokratische Verfassung sich dem Gemeinwohl verpflichtet wissen²², zeigt die Fragwürdigkeit solcher Deduktion auf. Richtigerweise ist daher das Gemeinwohl nicht als Mittel zur Verwirklichung der Demokratie zu sehen, sondern umgekehrt das demokratische Prinzip als der vom Grundgesetz eingeschlagene Weg zur Realisierung des vorgegebenen staatlichen Gemeinwohlauftrags.

II. Inhalt des Gemeinwohlbegriffs

Mit dem Eintreten für die Existenzberechtigung des Begriffs vom Gemeinwohl ist noch keine Aussage über seinen Inhalt getroffen. Eine konkrete Festlegung vermag indes auch nicht bewirkt zu werden, weil das Gemeinwohl nicht auf absolute Werte fixierbar ist: die Abhängigkeit der staatlichen Aktivität von den jeweiligen Lagen²³ verbietet eine derartige Beschränkung und Erstarrung. Andererseits wäre ein Verständnis des Gemeinwohls als bloßen Blankettbegriffs der normativen Verbindlichkeit weitgehend entzogen. Die Verfassungsdogmatik erfordert deshalb wenigstens bestimmte Orientierungspunkte für das Phänomen Gemeinwohl²⁴.

¹⁸ Wo folglich einzelne Verfassungsbestimmungen den Staat auf das Gemeinwohl verpflichten, handelt es sich lediglich um deklaratorische Feststellungen; vgl. Art. 3 BV; Art. 1 rhld.-pf.Verf.; Art. 30 NRWVerf.; vgl. *Schnur*, Roman, Gemeinwohl und öffentliche Interessen in den Verfassungen und Gesetzen des sozialen Rechtsstaates, in *Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen*, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 39, Berlin 1968, S. 57—61, 63 f.—.

¹⁹ Wenn dagegen die Betätigung Privater im Interesse des Gemeinwohls partiell gebunden wird („Indienstnahme“), z. B. im Bereich der Energiewirtschaft (vgl. BVerfG, Urt. v. 16. 3. 71, 1 BvR 52/66 u. a., BVerfGE 30/292—315 f.—), so liegt damit noch keine Beleihung und Verpflichtung des jeweiligen Unternehmers zur selbständigen Verfolgung und Verwirklichung des Gemeinwohls vor.

²⁰ Vgl. *Großmann*, RdA 1968/297—306—; *Huber*, H., Staat, S. 17 f.; *Huber*, E. R., Selbstverwaltung, S. 16; *Fröhler*, GewArch 1962/169—170—; *Quidde*, DÖV 1958/521—524—; *Thieme*, Subsidiarität, S. 26 f.

Zur öffentlich-rechtlichen Körperschaft im materiellen Sinn s. o. § 11.

²¹ Vgl. *von Zezschwitz*, Gemeinwohl, S. 132 f., 149.

²² Vgl. Art. 3 Abs. 5, Art. 23 Abs. 1 DDR-Verfassung (1949).

²³ Vgl. *Krüger*, H., Allg. Staatslehre, S. 15 f., 763.

²⁴ Zur Gemeinwohljudikatur des BVerfG, welche keine eindeutigen Kriterien geschaffen hat, obwohl dies anlässlich der Überprüfung gesetzlicher Termini nach Art des „öffentlichen Interesses“ oder des „Gemeinwohls“ und der Gesetzesvorbehalte einzelner Grundrechtsartikel angezeigt gewesen wäre: *Häberle*, wie oben, Fn. 13.

Die allgemeinste Ausdeutung sieht sich vor der Wahl zwischen drei Richtungen: einmal ist an ein soziales Verständnis des Gemeinwohls als das „Wohl aller oder doch möglichst vieler einzelner, als Wohl der Mehrheit, der Masse“²⁵ zu denken; zum anderen an das organisch gedeutete Gemeinwohl als „Wohl des staatlichen oder völkischen Ganzen, das mehr ist als die Summe der einzelnen“; schließlich kann der Begriff institutionell gesehen werden als „Verwirklichung sachlicher Werte, nicht bloß im Interesse der einzelnen... der Gesamtheit, sondern um ihrer selbst willen“ — womit etwa Wissenschaft und Kunst in ihrem Eigenwert erfaßt sein sollen.

Für die Zwecke dieser Abhandlung kommt nur ein soziales oder organisches Verständnis des Gemeinwohlbegriffs in Betracht. Um endgültige Klarheit zu gewinnen, ist es angezeigt, die potentiellen Interessenkonstellationen²⁶ zu skizzieren, welche sich bei der Betrachtung von Staat, Gesellschaft und Individuum eröffnen.

Beginnt man bei der kleinsten Einheit denkbarer Interessenformationen, so fällt der Blick auf das wirtschaftlich, kulturell, weltanschaulich oder religiös geprägte Interesse des einzelnen Rechtssubjektes, auf sein individuelles *Privatinteresse*. Wenn sich die Interessen mehrerer Personen decken, entsteht ein kollektives Privatinteresse, das in verdichteter und organisierter Wahrnehmung auf breiterer Basis zum *Gruppen* — oder Partikularinteresse aufsteigt — wie es u. a. von Arbeitnehmerkammern artikuliert und befriedigt wird. Über die Interessen aller einzelnen, mehreren und Gruppen erhebt sich schließlich das *Gesamtinteresse* der jeweiligen staatlichen Gemeinschaft. Alles, was zur Verfolgung und Verwirklichung dieser letzteren Belange aufgegeben wird, kurz: was ihnen dient, dient zugleich dem damit identischen Gemeinwohl. In seiner Beziehung auf die Gesamtheit ist daher der Begriff des Gemeinwohls nicht sozial zu verstehen, als das Wohl möglichst vieler oder einzelner, sondern *organisch*: Gemeinwohl ist das dem Interesse des staatlichen Ganzen, der staatsbürgerlichen Allgemeinheit entsprechende Wohl²⁷.

Die spezifischen Gemeinwohlinhalte sind den objektiven Festlegungen der jeweiligen Verfassungsordnung zu entnehmen. Eine Relevanz vorkonstitutioneller Gemeinwohlwerte²⁸ muß jedenfalls negiert wer-

²⁵ Begriffsdeutung und Zitate nach Radbruch, Zweck des Rechts, S. 88 f.

²⁶ Ausf. Ryffel, Öff. Interessen, S. 13 f.; von Zezschwitz, Gemeinwohl, S. 125 f.

²⁷ Vgl. Jellinek, G., System, S. 238; Krüger, H., Allg. Staatslehre, S. 765; Ryffel, Öff. Interessen, S. 14 f., 17 f.; Leibholz, VVDStRL 24 (1966) 22; fragwürdig demgegenüber Großmann, RdA 1968/297—306—; kritisch: Zippelius, Allg. Staatslehre, S. 80.

²⁸ So etwa Schulz-Schaeffer, Helmut, Die Staatsform der BRD, Berlin 1966, S. 66, der von „gewöhnheitsrechtlichen Gemeinwohlvorstellungen des objektiven Volksgeistes“ spricht.

den²⁹. Denn nur aus den Fundamentalentscheidungen des Grundgesetzes und der darauf beruhenden Rechtsordnung lassen sich Aussagen ableiten, welche Belange hic et nunc als Gesamtinteressen dem Gemeinwohl unterstellt werden können³⁰. Diese Ausfüllung der Gemeinwohlmaxime mit konkreten Bezugspunkten obliegt im wesentlichen dem (politischen) Ermessen des Gesetzgebers³¹. Ihm sind von der Verfassung nur äußerste punktuelle Schranken gezogen³². Solche gewinnen für die vorliegende Abhandlung spezifische Relevanz im Hinblick auf die (mittelbar) staatliche Wahrnehmung von Agenden, welche im Interesse einzelner Gruppen erwachsen. Dementsprechend erscheint auch die Praxis des jeweiligen Gebildes — etwa der Arbeitnehmerkammern — durch jene bereits der legislativen Disposition oktroyierten allgemeinsten Prämissen gebunden.

Die Gemeinwohlverpflichtung des Staates läßt mithin vermuten, daß Einzel- bzw. Gruppeninteressen den staatlichen Funktionen nicht zugrunde gelegt werden dürfen. Das verpflichtet den Staat allerdings nicht, Belange und Bedürfnisse einzelner Rechtssubjekte generell zu ignorieren. Es ist ihm vielmehr aufgegeben, neben annähernd gleichmäßiger Verteilung der Lasten auch eine annähernd gleichmäßige Förderung aller Bürger zu erstreben³³. Die weitere Untersuchung hat sich folglich auf die Frage nach verfassungsrechtlichen Kriterien für die Relation zwischen Partikularinteressen und Gemeinwohl zu konzentrieren und Maximen für die staatliche Befassung mit solchen Belangen herauszuarbeiten. Es wird also um ein Verständnis des Gemeinwohls als Kompetenzregel gehen. Anknüpfungspunkte für dieses Vorhaben lassen sich im grundgesetzlichen Sozialstaatsprinzip und im Rechtsstaatsatz erwarten.

²⁹ Vgl. *Rupp*, Hans Heinrich, Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen — Bedeutung der Begriffe im Verwaltungsrecht, in *Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen*, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 39, Berlin 1968, S. 116—117 f.; *Ryffel*, Öff. Interessen, S. 18 ff.

³⁰ Vgl. *BVerfG*, Urt. v. 18. 12. 68, 1 BvR 638/64 u. a., *BVerfGE* 24/367—403—.

³¹ Wo sich der Gesetzgeber nur mit Gemeinwohl-Blanketten begnügt hat, kann ihnen eine spezifische Aussage nicht unmittelbar entnommen werden, so daß es unter dem Aspekt der Einheit der Rechtsordnung des Rückgriffs und der Auffüllung durch geeignete externe Rechtsnormen und Wertvorstellungen anderer Gesetze bedarf. Zu den damit verbundenen Gefahren vgl. *Leisner*, *DÖV* 1970/217—223—.

³² s. o. § 19, B. II. 2.

³³ Vgl. *BVerfG*, Urt. v. 17. 8. 56, 1 BvB 2/51, *BVerfGE* 5/85—135, 198—.

C. Verfassungsrechtliche Kriterien zur Verknüpfung von Partikularinteressen und Gemeinwohl

I. Sozialstaatsprinzip

1. Rechtsnatur und Aussage

Einige Stimmen der Literatur messen die Zulässigkeit staatlicher Befassung mit Agenden, welche zunächst nicht vom Gesamtinteresse, sondern nur von einem Partikularinteresse getragen werden, am Sozialstaatsprinzip³⁴. Um die Richtigkeit dieser Auffassung beurteilen und daraus dogmatische Folgerungen herleiten zu können, ist ein Blick auf Rechtsnatur und Aussage der Sozialstaatsformel erforderlich.

Die These vom Sozialstaat eröffnet ein zwischen den Polen des Individual- und des Gemeinwohls eingelagertes Spannungsfeld und äußert sich dabei im wesentlichen in zwei Richtungen: einmal als dem Staat aufgegebenes Sozialschutzprinzip, zum anderen als den Bürger ansprechende Sozialbindungsmaxime. Im Hinblick auf das Anliegen dieser Untersuchung verdient allerdings nur die erstere Variante nähere Beachtung. Denn für die Frage nach dem Verhältnis zwischen Gruppen- und Gemeinwohl vermag die beispielsweise in Art. 14 Abs. 2 GG konkretisierte sozialstaatliche Gemeinschaftsbindung des einzelnen Rechtssubjekts dogmatisch relevante Anhaltspunkte nicht zu liefern: besitzt doch der Bürger kein subjektiv-öffentliches Recht auf ausnahmslos im Gesamtinteresse einsetzende Staats-tätigkeit bzw. auf generelle staatliche Abstinenz gegenüber der Verfolgung von Partikularinteressen. Somit vermag auch das Sozialbindungsprinzip einer derartigen, fehlenden Position keine Schranken zu ziehen. Die folgende Erörterung wird daher im Sozialstaatsprinzip vorrangig den Sozialschutzgedanken zu erblicken haben.

Die Sozialstaatsformel verkörpert sicher keinen „substanzlosen Blankettbegriff“³⁵, sondern zunächst eine „Staatszielbestimmung“³⁶ mit programmatischem Charakter. Damit wird die bereits vom Gemeinwohlauftrag konstituierte Ermächtigung des Staates zur Sozialbetätigung und -gestaltung

³⁴ Vgl. Bergemann, Bundesärztekammer, S. 112 f.; Friauf, Karl Heinrich, Zur Rolle der Grundrechte im Interventions- und Leistungsstaat, DVBl 1971/674—678 f.—; Großmann, RdA 1968/297—306—; Häberle, Peter „Gemeinwohljudikatur“ und Bundesverfassungsgericht, AöR 95 (1970) 86—100, Fn. 43—; von Zezschwitz, Gemeinwohl, S. 131 f.; ähnlich (in allgemeinen Feststellungen) Krüger, H., Allg. Staatslehre, S. 810 f.; Scheuner, DÖV 1971/505—512—.

³⁵ So Grewe, Wilhelm, Das bundesstaatliche System des Grundgesetzes, DRZ 1949/349—351—; von Mangoldt, Grundgesetz, Art. 20 Erl. 2 b; weitere Nachweise bei Menger, Begriff, S. 4 f.

³⁶ Nach Ipsen, Hans Peter, Enteignung und Sozialisierung, VVDStRL 10 (1952) 74—85—; ders., Grundgesetz, S. 14, 17; vgl. ebenso: Bachof, VVDStRL 12 (1954), 37—38 f.—; Badura, Verwaltungsrecht, S. 12, 15 f.; Ballerstedt, Kurt, Die Grundrechte, Bd. III/1, S. 1 f., 50 f., 60; Benda, Herrschaft, S. 71 f.; Gerber, Hans, Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes, AöR 81 (1956) 1—29, 32—; Hamann-Lenz, GG, Einf. ID 2; Huber, E. R., Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 36 f.; Leisner, Werbefernsehen, S. 35; von Mangoldt-Klein, GG, Art. 20 Erl. VII; Stern, Klaus, Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft, DÖV 1967/657—659—; Thieme,

deklaratorisch wiederholt. In einer derartigen Aussage kann sich jedoch die Wirkung einer Staatszielbestimmung nicht erschöpfen. Vielmehr enthält sie als „Verfassungsdirektive“³⁷ einen an den Staat — insbesondere den Gesetzgeber³⁸ und die Verwaltung³⁹ — gerichteten Appell, die soziale Gerechtigkeit und Sicherheit intensiv zu verfolgen und zu verwirklichen.

Im Anschluß an diese Erkenntnis läßt sich das Sozialstaatsprinzip auch als Auslegungsregel⁴⁰ verstehen. Aber es ist nicht zulässig, die Formel als beliebig anwendbares Interpretationsmedium für die Manipulierung und Umfunktionierung eindeutiger Gesetzesbegriffe zu mißbrauchen⁴¹. Die Verwendung einer Auslegungsregel ist nämlich nur dort angezeigt, wo die betreffende Norm auch wirkliche Interpretationsbedürftigkeit und -fähigkeit besitzt. Insofern eignet sich der Sozialstaatsatz lediglich, um seiner Auslegung zugängliche, offene Rechtssätze zu verdichten und auszufüllen, sowie die Richtung der Interpretation anzugeben.

2. Untauglichkeit des Sozialstaatsprinzips als Maßstab für eine Verknüpfung von Partikularinteressen und Gemeinwohl

Ist der Sozialstaat auch als (unbestimmter) Rechtsbegriff zu verstehen⁴², so läßt schon der Wortlaut einschlägiger Verfassungsaussagen⁴³

Werner, Berufsfreiheit und Verwaltungsmonopole, JZ 1961/280—283 f.—; Weber, Werner, Die verfassungsrechtlichen Grenzen sozialstaatlicher Forderungen, Der Staat 4 (1965) 409—432—; Wernicke, BK, Art. 20 Erl. II 1 d.

BVerfG, Urt. v. 17. 8. 56, 1 BvB 2/51, BVerfGE 5/85—198, 206—; Urt. v. 24. 1. 62, 1 BvR 845/58, BVerfGE 13/331—346 f., 355—; Urt. v. 18. 7. 67, 2 BvF 3/62 u. a., BVerfGE 22/180—204—, Beschl. v. 14. 10. 70, 1 BvR 307/68, BVerfGE 29/221—236—; zur Rechtsprechung ausf. Schmidt, Horst Günther, Das Sozialstaatsprinzip in der höchstrichterlichen Rechtsprechung der Bundesrepublik Deutschland, Diss. Freiburg 1971; Schreiber, Werner, Das Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes in der Praxis der Rechtsprechung, Berlin 1972.

³⁷ So Lerche, Peter, Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven, AÖR 90 (1965) 341—349 f.—.

³⁸ Vgl. Bachof, VVDStRL 12 (1954) 37—39, 41—; Dürig, JZ 1953/193—196—; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 2 I, Rn. 25; Hesse, Grundzüge, S. 84 f.; Ipsen, Hans Peter, Enteignung und Sozialisierung, VVDStRL 10 (1952) 74; Jürgens, Erhard, Verfassungsmäßige Grenzen der Wirtschaftswerbung, VerwArch 53 (1962) 105—121 f., 124 f.—; von Mangoldt, Grundgesetz, Art. 20 Erl. 2 b; Maunz, Staatsrecht, S. 68 f., 73 f.; Obermayer und Steiner, NJW 1969/1457—1459—; Nawiasky-Leusser-Schweiger-Zacher, BV, Art. 3, Rn. 16 f.; Stern, Klaus, Stw. Sozialstaat, EvStLex, Sp. 2091—2093—; Wernicke, BK, Art. 20 Erl. II 1 d; Wolff, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. III, § 138 I a (S. 132 f.); zur diesbezüglichen Judikatur des Bundesverfassungsgerichts s. u. Fn. 57.

³⁹ Vgl. Bachof, wie vor; Badura, Verwaltungsmonopol, S. 330 f.; Gerber, wie oben, Fn. 36, S. 30 f., 40 f.; Hamann, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 46; Hamann-Lenz, GG, Art. 20 Erl. B 3 a; Wolff, H. J., wie vor, § 138 I c (S. 133 f.).

⁴⁰ Vgl. Forsthoff, VVDStRL 12 (1954) 8—27 f.—; Hamann-Lenz, wie vor; Jürgens, wie oben, Fn. 38; von Mangoldt, Grundgesetz, Art. 20 Erl. VII; Obermayer, Kriegsopferansprüche, S. 16; Scheuner, DÖV 1971/505—512—; Ule, ZfSR 1962/637—641—; Wernicke, wie oben, Fn. 38; Wolff, H. J., wie vor.

⁴¹ Vgl. Leisner, Werbefernsehen, S. 35; auch Lerche, Peter, Stil, Methode, Ansicht, DVBl 1961/690—693—: kein „Füllsal der Beliebigkeiten“.

⁴² Vgl. VVDStRL 12 (1954), Diskussionsbeiträge von Abendroth (S. 85 f.), Bühler (S. 98 f.), Krüger, H. (S. 109 f.), Merk (S. 99 f.), Nipperdey (S. 92 f.), Schüle (S. 106 f.).

⁴³ Vgl. Art. 20 Abs. 1; Art. 28 Abs. 1 S. 1; Art. 79 Abs. 3 GG; Art. 3 S. 1 BV.

jeglichen Hinweis darauf vermissen, daß es sich um „mehr“ als eine Staatszielbestimmung und einen Auslegungsfaktor handle. Ferner unterbindet auch die Vieldeutigkeit und Unbestimmtheit des Wortes „sozial“⁴⁴ eine Qualifizierung der Sozialstaatsklausel als vorrangigen Verfassungsrechtssatzes⁴⁵. Daher vermag der Ansicht, das Sozialstaatsprinzip konstituiere in formeller und materieller Hinsicht eine den Grundrechten vorgeordnete Verfassungsnorm⁴⁶, nicht gefolgt zu werden. Auch eignet sich diese Formel jedenfalls dann nicht als selbständige Anspruchsgrundlage Privater⁴⁷ gegen den Staat⁴⁸, wenn nicht wenigstens der Gleichheitssatz entsprechende Forderungen untermauert⁴⁹.

Weiterhin verbietet es sich, aus der Kombination der Begriffe „sozial“ und „Rechtsstaat“ etwa unter Zurückdrängung des letzteren Moments umdeutungsweise zu folgern, die Bundesrepublik Deutschland sei primär ein Sozialstaat⁵⁰. Vielmehr muß eine gewisse Konkurrenz beider Bestandteile angenommen werden, die von Fall zu Fall des Ausgleichs bedarf⁵¹. Schließlich ist nicht zu übersehen, daß dem Grundgesetz weniger „Sozialstaatliches“ innewohnt, als noch der Weimarer Reichsverfassung, deren Art. 151, 155, 156, 157, 162, 163, 164, 165 überhaupt nicht oder nur erheblich abgeschwächt rezipiert worden sind⁵².

⁴⁴ Zur Weite dieses Begriffs vgl. *Preuß, U., Begriff des Öffentlichen*, S. 142.

⁴⁵ a. A. *Hesse, Rechtsstaat*, S. 78 (Fn. 27); *Stern*, Klaus, Stw. Sozialstaat, *EvStLex*, Sp. 2091—2096—.

⁴⁶ So *Hamann-Lenz*, GG, Art. 20 Erl. 3; *Nipperdey*, *Soziale Marktwirtschaft*, S. 56 f.

⁴⁷ Dazu s. auch o. § 10, B. III. 3.

⁴⁸ Ausf. Überblick zu den kontroversen Auffassungen über Leistungsansprüche und Sozialstaatsprinzip bei *Kloepfer*, Michael, *Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandsschutz*, München 1970, S. 12 ff.; *Schmidt*, Horst Günther, *Das Sozialstaatsprinzip in der höchstrichterlichen Rechtsprechung der Bundesrepublik Deutschland*, Diss. Freiburg 1971, S. 75 ff.

⁴⁹ Unter diesem Gesichtspunkt ist der Leitsatz des Vorlagebeschlusses des BVerwG v. 14. 11. 68, VIII C 54/68, DVBl 1959/464—466 f.— zu verstehen, der lautet: „Die Ausschließung von Sozialhilfeempfängern von Wohngeldleistungen verletzt den Gleichheitsgrundsatz und den Grundsatz der Sozialstaatlichkeit“; s. auch den im gleichen Sinn ergangenen Beschluß des BVerfG v. 14. 11. 69, 1 BvL 4/69, BVerfGE 27/220 f.

⁵⁰ Zur Frage nach der Relation zwischen Sozialstaatsklausel und Sozialismus vgl. *Gerber*, Hans, *Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes*, AöR 81 (1956) 1—21 f., 31—, m. zahlr. Nachw.

⁵¹ Vgl. *Benda*, *Herrschaft*, S. 104 f.; *Hesse*, *Rechtsstaat*, S. 78 (Fn. 27); von Mangoldt-Klein, GG, Art. 20 Erl. VII 1; *Stern*, Klaus, Stw. Sozialstaat, *EvStLex*, Sp. 2091—2096 f.—.

a. A. *Forsthoff*, VVDStRL 12 (1954) 8—14 f., 31, 34 f.—, wonach „sozialer Rechtsstaat“ kein Rechtsbegriff ist, sondern lediglich die typusbestimmende Kennzeichnung eines Staates.

⁵² Vgl. *Ipsen*, Hans Peter, *Enteignung und Sozialisierung*, VVDStRL 10 (1952) 74 ff.; *Stödter*, Rolf, *Diskussionsbeitrag*, ebenda, S. 168.

Die Aussage des Sozialstaatsprinzips läßt sich nur in allgemeinen Zügen skizzieren. So kann ihr unter dem Aspekt der Gleichheit die Aufforderung an den Staat zur Schaffung gerechter sozialer Verhältnisse durch Ausgleich und Abbau sozialer Spannungen entnommen werden⁵³. Im Anschluß daran darf man der Klausel auch die staatliche Verantwortung gegenüber sozial und wirtschaftlich schwachen Volkskreisen entleihen. Schließlich mag die erwähnte Gemeinschaftsbindung der Grundrechte⁵⁴ angezeigt sein.

Mehr, insbesondere speziellere Anhaltspunkte, können aus der Sozialstaatsaussage mit ihrer nur allgemeinen Zielvorstellung von „sozialer Gerechtigkeit“ nicht gewonnen werden. Desgleichen wäre es verfehlt, aus dieser Formel einen Katalog einzelner, die Grundrechte überlagernder Rechtsnormen abzuleiten. Damit — und aus dem Sinnzusammenhang zwischen „Rechts- und Sozialstaat“ — wird zugleich deutlich, daß die Qualifikation des Sozialstaatsprinzips als Staatszielbestimmung und Auslegungsregel nicht zu einem die grundrechtlich verbürgte Freiheit egalisierenden oder beeinträchtigenden und private Initiativen lähmenden „sozialpolitischen Perfektionismus“ des Staates führen darf⁵⁵. Da sich der soziale Rechtsstaat primär für die freiheitliche Grundordnung entschieden hat, vermag er diese nicht mit dem Argument, er sei vorrangig als Sozialstaat berufen, in Frage zu stellen⁵⁶.

Im Ergebnis läßt das Sozialstaatsprinzip als nach Ziel, Inhalt und Adressaten außerordentlich schwer faßbare, undetaillierte und der Aktualisierung bedürftige⁵⁷ Generalklausel die erforderliche Abgrenzbarkeit vermissen, um als selbständige juristische Grundlage Regeln für eine Identifizierung zwischen staatlicher Aktivität und Einzelinteressen aufzustellen. Damit soll die Relevanz der These vom sozialen Staat

⁵³ Als gesetzliche Erfüllung dieses Auftrages erweist sich etwa § 4 Abs. 1 BSHG; vgl. BVerwG, Urt. v. 24. 6. 54, V C 78/54, BVerwGE 1/159 f.

⁵⁴ s. o. C. I. 1.

⁵⁵ Vgl. BayVerfGH, Entsch. v. 16. 7. 62, Vf. 101—VII—60, VerfGHE 15/59—65—; Thieme, Werner, Berufsfreiheit und Verwaltungsmonopole, JZ 1961/280—284—.

⁵⁶ Vgl. Forsthoff, VVDStRL 12 (1954) 8—36—; Köttgen, Daseinsvorsorge, S. 43.

⁵⁷ Vgl. Obermayer, Kriegsopferansprüche, S. 8, 16 f.; BVerfG, Beschl. v. 19. 12. 51, 1 BvR 220/51, BVerfGE 1/97—105—; Urt. v. 17. 8. 56, 1 BvB 2/51, BVerfGE 5/85—198—; Beschl. v. 12. 11. 58, 2 BvL 4/56 u. a., BVerfGE 8/274—329—; Beschl. v. 26. 11. 64, 1 BvL 14/62, BVerfGE 18/257—273—; Urt. v. 18. 7. 67, 2 BvF 3/62 u. a., BVerfGE 22/180—204—; Beschl. v. 3. 12. 69, 1 BvR 624/56, BVerfGE 27/253—283—; Beschl. v. 27. 5. 70, 1 BvL 22/63 u. a., BVerfGE 28/324—348—; Beschl. v. 14. 10. 70, 1 BvR 307/68, BVerfGE 29/221—236—; zur diesbezüglichen Judikatur des BVerfG ausf. Zacher, Hans, Das Sozialstaatsprinzip in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, BVBl 1969/113 ff.—116—.

zur Motivierung einzelner Staatsaufgaben nicht bestritten werden. Aber für die Beantwortung der grundsätzlichen Frage nach fundamentalen verfassungsrechtlichen Kriterien zur Relation zwischen Partikular- und Gesamtinteressen und damit zum Verhältnis zwischen Gruppenwohl und Gemeinwohl mußte sich das Sozialstaatsprinzip als unbehelflich erweisen.

II. Rechtsstaatsprinzip

1. Aussage

Nach dem Vorstellungsbild der Verfassung — diesbezüglich umschrieben durch Art. 20 GG und ausdrücklich niedergelegt in Art. 28 Abs. 1 GG — soll der Staat des Grundgesetzes als Rechtsstaat konzipiert sein. Da über die Qualität des Rechtsstaatsprinzips als grundlegende Verfassungsnorm keine Zweifel bestehen, erstreckt sich das hiesige Interesse vornehmlich auf seine spezifische Aussage.

Versteht man diese Maxime in einem *formalen* Sinn, so wird damit gefordert, daß jeder staatliche Akt der Rückführbarkeit auf eine staatlich gesetzte Norm bedarf⁵⁸. Abgesehen von vermutlichen Einwendungen gegen den so bewirkten „Gesetzesstaat“, gibt diese Deutung des Rechtsstaatsbegriffs für das Anliegen der gegenwärtigen Untersuchung — die Frage nach verfassungsrechtlichen Kriterien für die Relation zwischen Partikularinteressen und Gemeinwohl — nichts her.

Zur Lösung der anstehenden Problematik erscheint dagegen das *materielle* Verständnis⁵⁹ vom Rechtsstaat prädestiniert als eines Staates, dessen Zweck und Ziel sich in der Verwirklichung von Gerechtigkeit begründen. Denn diese Auslegung macht deutlich, daß der „Gerechtigkeitsstaat“ gerade auch die Anerkennung und den Schutz individueller Positionen in der Rechtsordnung erlaubt und gebietet⁶⁰. Dafür liefert die jeder Rechtsstaatlichkeit immanente Verbürgung von Grundrechten⁶¹ ein augenfälliges Indiz — insbesondere als

⁵⁸ Näher dazu vgl. *Antoniolli*, Walter, Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien 1954, S. 52; *Hamann-Lenz*, GG, Einf. D 1, B 2; *Hollerbach*, Alexander, Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung, AöR 85 (1960) 241—247 f., 267—; *Maunz-Dürig-Herzog*, GG, Art. 20, Rn. 58; *Maunz*, Staatsrecht, S. 68 f.; *Menger*, Christian-Friedrich, Stw. Rechtsstaat, HdSW Bd. VIII, Göttingen 1964, Sp. 768 f.

⁵⁹ Dazu vgl. *Bachof*, VVDStRL 12 (1954) 37—39—; *Hesse*, Rechtsstaat, S. 77 f., 84 f.; ders., Grundzüge, S. 84 ff.; *Hollerbach*, wie vor, S. 247 f., 251, 267; *Huber*, E. R., Rechtsstaat, S. 7, 9 ff., 24; *Menger*, Begriff, S. 17; *Über*, Giesbert, Freiheit des Berufs, Hamburg 1952, S. 41 f.

BVerfG, Beschl. v. 31. 5. 60, 2 BvR 234/60 u. a., BVerfGE 11/150—163—; Beschl. v. 26. 5. 70, 1 BvR 668/68 u. a. BVerfGE 28/264—276 f.— m. w. Nachw.

⁶⁰ Vgl. *Häberle*, Öff. Interesse, S. 525 ff.; *Huber*, H., Staat, S. 17 f.; *Kaiser*, Repräsentation, S. 9 f.; *Scheuner*, Ulrich, Der Staat und die Verbände, Heidelberg 1957, S. 14 f.

⁶¹ Vgl. *Apelt*, Willibalt, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 12 (1954), 107 f.; *Forsthoff*, VVDStRL 12 (1954) 8—16 f.—; *Hollerbach*, Alexander, Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung, AöR 85 (1960) 241—253 f.—; *Maunz*, Staatsrecht, S. 69 f.; *Maunz-Dürig-Herzog*, GG, Art. 20, Rn. 71; *Menger*, Christian-Friedrich, Stw. Rechtsstaat, HdSW Bd. VIII, Göttingen 1964, Sp. 768—769 f.—; *Über*, wie Fn. 59, S. 44.

sie die Wahrung von Einzel- und Gruppeninteressen in ihren Schutz einbeziehen. Auch erwächst dem Bürger aus Art. 1 Abs. 1 S. 2 und Art. 2 Abs. 1 GG ein Anspruch gegen den Staat, ihm in existentiellen Belangen Unterstützung sicherzustellen⁶², sei es, daß der Staat vorrangig die Träger freier Wohlfahrtshilfe zur Aktivität ermuntert bzw. anhält, sei es, daß er bei Nichteintritt oder Versagen aller anderen selbst zur Hilfeleistung berufen ist.

Das Rechtsstaatsprinzip verkörpert eine elementare Maxime des grundgesetzlichen Verfassungssystems. In seiner Verknüpfung mit dem Sozialstaatsprogramm offenbart sich die potentielle Zulässigkeit unmittelbarer staatlicher Verfolgung von Partikularinteressen. Unter diesen Aspekten gewinnt der Rechtsstaat eine auch *dienende* Funktion. Angesichts der staatlichen Gemeinwohlverpflichtung bedarf es allerdings einer näheren Analyse der spezifischen Voraussetzungen für eine solche Assoziierung von Staatsaktivität und Einzel- oder Gruppenwohl.

2. Rechtsstaatliches Arrangement zwischen Partikularinteressen und Gemeinwohl

a) Grundlegung

Der Rechtsstaat ist ersichtlich gehalten, auch Belange des einzelnen Bürgers zur Kenntnis zu nehmen und zu verfolgen. Primär geht es bei der staatlichen Gemeinwohlmaxime darum, diese Partikularinteressen unparteiisch und (politisch) vernünftig abzuwägen, untereinander zum *Ausgleich* zu bringen, gegebenenfalls auch zu binden oder zurückzustellen, so daß sich die am Ende verbleibenden Belange zu Gesamtinteressen formieren oder den vorher ermittelten Gesamtinteressen einfügen bzw. unterordnen⁶³.

Dieser Weg der Integration von Einzel- und Gruppeninteressen in das Gemeinwohl ist bei der Interessenbefassung durch öffentlich-rechtliche Berufsverbände, welche — wie die Arbeitnehmerkammern — primär der *Standesvertretung* dienen⁶⁴, nicht eröffnet. Denn die dort verfolgten Partikularinteressen sind weder Gesamtinteressen, noch werden sie mit anderen Gruppenbelangen zu solchen verschmolzen. Vielmehr bleibt es hier selbst im Falle der Wahrnehmung durch ein Gebilde der mittelbaren Staatsverwaltung bei Interessen der jeweiligen Gruppe. Die Gemeinwohlpflichtigkeit staatlicher Aktivität bedingt jedoch, daß solche Partikularinteressen in ein grundgesetzlich unter-

⁶² s. o. § 10, B. III. 3. mit Fn. 134.

⁶³ Vgl. Häberle, Öff. Interesse, S. 60 f.; ders., Wesensgehaltsgarantie, S. 21 ff. (23); ders., „Fiskalische“ Interessen als „öffentliche“ Interessen, DVBl 1967/220—223—; Isensee, Subsidiaritätsprinzip, S. 114; Ruffel, Öff. Interessen, S. 23 f.; Wolff, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. I, § 29 a III (S. 149), IV (S. 150 f.); von Zezschwitz, Gemeinwohl, S. 67 f., 113 ff.; BayVerfGH, Entsch. v. 2. 7. 54, Vf. 66—VI—52, VfGHE 7/59—64 f.—.

⁶⁴ s. o. (§ 21), A.

mauertes Arrangement mit den Gesamtinteressen gebracht werden, um ihrer Erledigung — etwa durch eine Zwangskörperschaft — verfassungsrechtliche Sanktionierung angedeihen zu lassen.

Sobald zwischen Gruppeninteressen und Gemeinwohl ein unüberbrückbarer *Konflikt* herrscht, kommt schon mangels Annäherungsfähigkeit beider Größen eine Wahrnehmung ersterer durch den Staat nicht in Betracht⁶⁵. Denn das Gemeinwohl steht als unabdingbare Richtschnur staatlicher Aktivität über allen Gruppen- und Einzelinteressen, so daß dem Gesamtinteresse der Primat vor Partikularinteressen auch in der mittelbaren Staatsverwaltung nicht streitig gemacht werden darf. Dementsprechend ist beispielsweise auf verwaltungsrechtlicher Ebene eine Enteignung „nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig“ (Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG), d. h.: die Einzelinteressen des zu Enteignenden haben den Gesamtinteressen zu weichen, wenn beide — etwa im Wege eines rechtsgeschäftlichen Grundstückserwerbs durch die öffentliche Hand — miteinander nicht arrangiert werden konnten und letztere bzw. das damit identische Gemeinwohl die Enteignung zweifelsfrei und objektiv erfordern.

Etwas anderes ist hingegen denkbar, wo Gesamt- und Partikularinteressen nicht entgegengesetzt verlaufen, also einen Kollisionskurs nicht einnehmen. Hier eröffnen sich zu differenzierende Gestaltungsmöglichkeiten⁶⁶: einmal können die Einzel- und Gruppeninteressen geeignet sein, im Falle ihrer Wahrnehmung eine Förderung auch des Gemeinwohls zu bewirken, zum anderen so geartet sein, daß sie ihm lediglich nicht entgegenstehen.

Ein Arrangement zwischen Gemeinwohl und Partikularinteressen erscheint hier denkbar. Denn das Gemeinwohl bildet keinen absoluten Wert, sondern es hängt auch vom Wohl des Individuums ab. Das Wohl der staatsbürgerlichen Gesamtheit ist selbst auf das Wohl ihrer Glieder bezogen⁶⁷. Man denke nur an den Schutz von Leben und Gesund-

⁶⁵ Vgl. *Fröhler*, GewArch 1962/169—170—; kritisch: *Ballerstedt*, Kurt, Über wirtschaftliche Maßnahmegesetze, in Festschrift für Schmidt-Rimpler, Walter, Karlsruhe 1957/369—381 f.— mit dem bejahenswerten Hinweis, daß ein von der Gerechtigkeit etwa gelöstes „Gemeinwohl“ im Einzelfall hinter Individualinteressen zurücktreten müsse; näher s. u. b)!

⁶⁶ Welche *Fröhler*, GewArch 1962/169—170—, und *Frentzel*, Gerhard, Urteilsanmerkung, GewArch 1963/92 bei ihrem im Grunde zutreffenden Ansatz nicht unterscheiden.

⁶⁷ Vgl. *Gass*, DÖV 1960/778—781, Fn. 31—; *Hüberle*, Öff. Interesse, S. 60 f. u. passim; *Huber*, H., Staat, S. 17 f.; *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip, S. 173, 272; *Jellinek*, G., System, S. 201; *Leisner*, DÖV 1970/217—219—; *Müller*, G., Die Arbeitskammer 1960/88—89—; *Radbruch*, Zweck des Rechts, S. 89, 95, 103; *Ryffel*, Öff. Interessen, S. 20 f.; *Weustenfeld*, Wilfried, Die Bedeutung des „Gemeinwohls“ im Rechts- und Staatsdenken der Gegenwart, Diss. Münster 1962, S. 97 f., 109 f.; *Wilhelm*, Bernhard, Grundsätze des materiellen Enteignungsrechts, DÖV 1967/397—401—; *Wolff*, H. J., Verwaltungsrecht Bd. I, § 29 III a 3 (S. 149); *von Zezschwitz*, Gemeinwohl, S. 67 f., 113 f.

heit des einzelnen Bürgers durch den Staat, „weil es der Allgemeinheit nicht gleichgültig ist, ob eines ihrer Mitglieder stirbt oder dahinsiecht“⁶⁸. Ferner zeigt auch die vom Rechtsstaatsprinzip animierte Judikatur zur Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte⁶⁹, daß im modernen Staats- und Verwaltungsrecht das Interesse des Individuums an Aufrechterhaltung eines begünstigenden Aktes dem Gesamtinteresse an Rechtssicherheit⁷⁰ zu entsprechen vermag. Die rechtsstaatlich angezeigte Realisierung individuellen Vertrauensschutzes schlägt hier die Brücke zum auch individualbezogenen und auf Rechtssicherheit bedachten Wohlbefinden der Allgemeinheit.

b) Einzelheiten

Eine Verknüpfung zwischen Partikularinteressen und Gemeinwohl schien vorstellbar bereits im Hinblick auf Interessenkonstellationen, bei denen sich beide Größen — ohne engere Beziehung — lediglich nicht entgegenstehen. Damit sind jene Gruppeninteressen den Gesamtinteressen immerhin soweit angenähert, als ein Konflikt ausgeschlossen ist. Beispielgebend für diese Situation ist etwa das Interesse der Sportflieger großstadtferner, ländlicher Regionen an der Errichtung eines Übungslandeplatzes⁷¹. Das bloße Fehlen einer Kollision zwischen diesen Partikular- und den Gesamtinteressen bedeutet allerdings nicht, daß sich der Staat ersterer Belange annehmen oder bemächtigen und sie zum Gegenstand seiner Aktivität erheben dürfte. Denn sie bleiben weiterhin partikulare Interessen und als solche dem Selbstzweck der jeweiligen Gruppe verhaftet.

Eine staatliche Befassung mit Agenden, die jenen Gruppeninteressen dienen, wäre geeignet, den Gleichheitssatz des Art. 3 GG zu tangieren. Denn eine nicht speziell sanktionierte Vertretung der Interessen bestimmter Gruppen durch den Staat heißt, andere Gruppen auf nicht zulässige Weise ungleich behandeln⁷². Mangels näheren Gemeinwohlbezuges, der eine solche Gruppenbevorzugung rechtfertigen könnte,

⁶⁸ Vgl. Jellinek, W., Verwaltungsrecht, S. 435.

⁶⁹ Ausf. Ossenbühl, Fritz, Die Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte, 2. Aufl., Berlin 1965; Nachweise zur Literatur bei Leisner, DÖV 1970/217 (Fn. 4); zur Rechtsprechung bei Bachof, Verfassungsrecht, Bd. II, S. 339 f.

⁷⁰ Dazu vgl. BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 70, 1 BvR 208/65, BVerfGE 29/413—432— m. w. Nachw.

⁷¹ Zum Gegenbeispiel gleich anschließend.

⁷² Vgl. Radbruch, Zweck des Rechts, S. 89 ff.; BVerfG, Beschl. v. 1. 7. 54, 1 BvR 361/52, BVerfGE 4/7—19—; Urt. v. 17. 5. 61, 1 BvR 561/60 u. a., BVerfGE 12/354—367—; Beschl. v. 11. 1. 66, 2 BvR 424/63, BVerfGE 19/354—367 f.—; Beschl. v. 12. 12. 67, 2 BvL 14/62 u. a., BVerfGE 22/387—415 f.—; Beschl. v. 14. 11. 69, 1 BvL 4/69, BVerfGE 27/220—230—.

manifestiert sich die Unzulässigkeit derartiger staatlicher Interessenwahrnehmung auch in der Relevanz des Übermaßverbotes⁷³ für diese Grundrechtsbeeinträchtigungen.

Nicht beigestimmt werden kann deshalb einer Ansicht, dernach für die Zulässigkeit einer Interessenbefassung durch den Staat, also auch durch Zwangskörperschaften, bereits die Parallelität bzw. Nichtkollision dieser Belange mit den Gesamtinteressen genügen soll⁷⁴. Erst wenn die Verfolgung von Partikularinteressen — jenseits bloßer Verträglichkeit mit den Gesamtinteressen — das Gemeinwohl *unmittelbar* zu fördern vermag, kommt auch eine Zulässigkeit ihrer Verstaatlichung in Betracht⁷⁵. Die Gruppenbelange treten damit in einen derart engen Konnex zu den Interessen der Gesamtheit, daß ihre Wahrnehmung als Mittel zum Zweck der Gemeinwohlverwirklichung anzusehen ist⁷⁶. Trotz Berücksichtigung des allgemeinen Gleichheitssatzes ergibt sich daraus die potentielle Zulässigkeit staatlicher Befassung mit solchen Partikularinteressen: eine Konstellation, an die — unabhängig von Zwangsverbänden — beispielsweise zu denken ist, wenn im Interesse der Unternehmerschaft einer großstadtfernen Region von starker Klein- und Mittelindustrie der Zubringerflugverkehr eröffnet und ein entsprechender Landeplatz geschaffen wird. Schon die erleichterte Anbahnung und Pflege von Geschäftskontakten sowie die dem gewerbetreibenden Kunden gewährleistete prompte Präsenz eines etwa notwendigen Spezialservice tragen bei zur Überwindung der Marktdferne, zur Kompensierung der damit verbundenen Wettbewerbsnachteile, zur Rationalisierung auf dem Unkostensektor, zu erhöhter Rentabilität und damit letztlich zu Wachstum und Sicherung der Arbeitsplätze.

Im Falle der Zwangskörperschaften äußert sich die Annäherung zwischen Partikular- und Gesamtinteressen allerdings nicht so intensiv, daß die Gruppeninteressen etwa unmittelbar in das Gemeinwohl integriert würden und daß auf diese Weise eine unmittelbare Aufwertung

⁷³ Dazu ausf. s. o. § 19, B. II. 2. c.

⁷⁴ So *Großmann*, RdA 1968/297—306—; *Niederberger*, Hans, Die öffentlich-rechtliche Korporation als Organisationsform kommunaler Unternehmungen, 1955, S. 22.

⁷⁵ Vgl. *Huber*, E. R., Selbstverwaltung, S. 15; *Jellinek*, G., System, S. 201; *Scheuner*, Öff. Körperschaft, S. 813; *Seeger*, Werner, Die Berufsordnungen der Heilberufe, DVBl 1958/487; *Thieme*, Subsidiarität, S. 26.

BVerfG, Urt. v. 20. 7. 54, 1 BvR 459/52 u. a., BVerfGE 4/7 (Ls. 2); *Beschl.* v. 25. 2. 60, 1 BvR 239/52, BVerfGE 10/354—369 f.—; ebenso *BGH*, Urt. v. 16. 11. 56, I ZR 150/54, BGHZ 22/167—176—; Urt. v. 12. 11. 57, VI ZR 314/55, BGHZ 26/42—45—; in gesetzlichen Regelungen ist mitunter die Rede von Wahrnehmung der Gruppeninteressen „im Einklang mit dem Gemeinwohl“, s. o. § 2, C.

⁷⁶ Bemerkt sei, daß sich die Gemeinwohlrelevanz von Einzelinteressen proportional zur Anzahl der jeweiligen Interessenssubjekte verhält. Denn je kleiner die jeweilige Gruppe ist, um so höheren Gewichts bedarf es, um ihren Belangen Gemeinwohlbezug einzuräumen.

von Standesinteressen direkt zu Allgemeininteressen erfolgte⁷⁷. Vielmehr bildet sich auf Grund der Gemeinwohlrelevanz jener Belange ein neues, übergeordnetes Interesse der Gesamtheit⁷⁸ an ihrer Verfolgung, so daß sie nicht mehr nur den Selbstzweck einer Gruppe wieder spiegeln, sondern auch dem staatlichen Ganzen Interesse an eben ihrer eigenen Erledigung und Kundmachung wecken.

Eine gemeinwohlbedingte und -orientierte Interessenbefassung des Staates kann daher nicht qualifiziert werden als allein dem Vorteil der jeweiligen Gruppe dienende und deshalb unzulässige „einseitige“ Stellungnahme⁷⁹. Im Ergebnis ist mithin all den Stimmen zu widersprechen, die jegliche Beschäftigung von Staat bzw. Zwangskörperschaften mit Standesinteressen für schlechthin unzulässig erachten⁸⁰. Auch kann es nicht von ausschlaggebender Bedeutung sein, ob es sich bei der körperschaftlichen Interessenwahrung um die Befassung mit wirtschaftlichen, sozialen oder kulturellen Belangen einer Gruppe handelt. Denn jede dieser Interessenkonstellationen vermag gemeinwohlfördernde Komponenten wie auch rein individuell geprägte Motive, welchen aller Gemeinwohlbezug fremd ist, in sich zu bergen⁸¹.

Von einer „interessenpolitischen Denaturierung öffentlich-rechtlicher Körperschaften“⁸² kann daher erst die Rede sein, wenn eine Körperschaft im *materiellen* Sinn⁸³ spezielle Einzelinteressen vertritt, die weder den Gesamtinteressen des jeweiligen Verbandes entsprechen⁸⁴ noch das Gemeinwohl unmittelbar zu fördern vermögen. Dafür bietet sich der Rückgriff auf die mitunter propagierte Differenzierung von Grup-

⁷⁷ So aber irrig Reuß, Wilhelm, Das Bundesverfassungsgericht zur Handwerksordnung, DVBl 1961/865—868 f.—.

⁷⁸ Vgl. Bachof, Otto, Urteilsanmerkung, DVBl 1961/125—130—; Häberle, Peter, „Fiskalische“ Interessen als „öffentliche“ Interessen, DVBl 1967/220—223—; Haueisen, Wilhelm, Zur Rechtsfindung auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts, DVBl 1960/350—352 (Fn. 20)—; Henke, Wilhelm, Urteilsanmerkung, DVBl 1965/783; Pohle, VerwArch 53 (1962) 201—218—; Wolff, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. I, § 29 III a 3 (S. 149).

BVerfG, Beschl. v. 17. 7. 61, 1 BvL 44/55, BVerfGE 13/97—107 f., 110—; HessVGH, Urt. v. 24. 5. 62, OS 109/59, DÖV 1964/138—139—; Wü-BaVGH, Urt. v. 14. 1. 58, 3 K 25/57, ESVGH 8/82—84.—.

⁷⁹ So aber Redeker, JZ 1954/625—628—.

⁸⁰ So aber Redeker, aaO; ders., DVBl 1952/201, 239—240—; Reuß, Wilhelm, Das Bundesverfassungsgericht zur Handwerksordnung, DVBl 1961/865—868 f.—.

⁸¹ Speziell für wirtschaftliche Interessen läßt — im Gegensatz zu Ipsen, Zwangsversorgung, S. 42 — diese Differenzierung vermissen Weber, W., Zwangsversorgungseinrichtungen, S. 16 f.

⁸² Vgl. ebenfalls ohne nähere Differenzierung Weber, W., JJB 8 (1967/68) 159.

⁸³ Etwa ein Zwangsverband; nicht dagegen eine Körperschaft im nur formellen Sinn, da für sie mangels Zugehörigkeit zum Staat (s. o. § 12) jene Maximen irrelevant sind.

⁸⁴ s. o. (§ 21), A. III.

penbelangen in „*allgemeine*“ und „*besondere*“ Interessen⁸⁵, von denen nur erstere staatlicherseits aufgreifbar sein sollen. Eine Vertiefung der bisherigen Analyse wird von dieser Unterscheidung indes nicht bewerkstelligt. Wo man nämlich zum einen auf die *Träger* der Partikularinteressen abstellt⁸⁶, findet lediglich jene *Maxime* ihren Niederschlag, welche alle Interessenbefassung von Zwangskörperschaften auf die im Wege innerkorporativen Ausgleichs ermittelten Kollektivbelange begrenzt, also auf die „allgemeinen“ Interessen der Mitgliedergesamtheit. Von selbst versteht sich, daß mit dieser Einschränkung der körperchaftlichen Aktivität eine Wahrnehmung „*besonderer*“ Individualinteressen des einzelnen Verbandszugehörigen ausgeschlossen ist.

Orientiert man zum anderen die Trennung in allgemeine und besondere Gruppenbelange nach dem jeweiligen *Gegenstand* des Interesses⁸⁷, so wird damit nur die Erkenntnis von der notwendigen Gemeinwohlrelevanz verstaatlichter Partikularinteressen in andere Worte gekleidet: während „*besondere*“ Gruppeninteressen als nicht gemeinwohlfördernd umschrieben werden, eignet den „allgemeinen“ Belangen der erforderliche, ein neues Allgemeininteresse stimulierende Gemeinwohlbezug. Diese Überlegungen zeigen, daß von einer „höchst (!) unsicheren Unterscheidung zwischen allgemeinen und besonderen Interessen“⁸⁸ zwar in terminologischer Hinsicht, nicht aber unter materiellen Aspekten gesprochen werden kann.

3. Verfahren

Die Ermittlung der Gemeinwohlrelevanz von Einzelinteressen obliegt — wie die Fixierung der Gesamtinteressen überhaupt — den für solche Entscheidungen rechtsstaatlich berufenen Instanzen. Es ist ihnen unbenommen, Erkenntnisse wissenschaftlicher und fachkundiger Sachverständiger beizuziehen⁸⁹. Die demokratischen Verfahrensweisen der

⁸⁵ Allerdings nicht im Sinne von Wolff, H. J., Verwaltungsrecht, Bd. I, § 29 III (S. 148 f.), wo allgemeine und besondere „öffentliche“ (!) Interessen beschrieben werden.

⁸⁶ Vgl. Großmann, Arbeitnehmerkammern, S. 91 f.

⁸⁷ Vgl. § 1 Abs. 1 S. 2, § 3 Abs. 1 Buchst. c saarlArbKG v. 30. 6. 51 (ABl. S. 980) i. d. F. v. 15. 11. 60 (ABl. S. 887); dazu in gleicher Terminologie BVerwG, Urt. v. 25. 2. 66, VII C 72/64, BVerwGE 23/304—307—; Bredl, Interessenvertretung, S. 22, 29; Scheuner, Öff. Körperschaften, S. 813.

⁸⁸ So Lerche, Arbeitskammer, S. 24.

⁸⁹ Vgl. Ryffel, Öff. Interessen, S. 27 ff.; er weist den Sachverständigen die Funktion zu, die objektivierbaren Momente der Interessenermittlung zu analysieren und das einwandfrei wissenschaftlich feststellbare herauszuarbeiten, während über „das letztlich Nicht-Objektivierbare ... den Kern der ... Wertungen, das Vorziehen und Nachsetzen der in Frage stehenden Privat-, Gruppen- und Gesamtinteressen die demokratisch-rechtsstaatlich legitimierten Instanzen zu entscheiden“ haben.

Vorformung politischen Willens und der endgültigen Gestaltung staatlichen Engagements durch (politische) Ermessensbetätigung des Parlaments eröffnen einen Prozeß, der geeignet ist, Gesamtinteressen bzw. Gemeinwohl annähernd objektiv und sachgerecht zu bestimmen⁹⁰.

Trotz aller Relativität und Unzulänglichkeit menschlichen Handelns wird hier sicherzustellen versucht, daß nicht einzelne oder privilegierte Gruppen über Umfang und Beschaffenheit der Gesamtinteressen befinden. Insoweit bietet das demokratische Prinzip mit seinen Momenten permanenter geistiger Auseinandersetzung, gegenseitiger Kritik und Kontrolle und endlicher Mehrheitsentscheidung die relativ beste Gewähr für nahezu richtige Ergebnisse⁹¹.

Die auch dem weiten gesetzgeberischen (Gemeinwohl-) Ermessen oktroyierten *äußersten* Schranken erheischen als Bewertungsvorentscheidungen der Verfassung strikte Beachtung: daher ist im Fall einer Beurteilung der Ständesvertretung durch Zwangskörperschaften primär eine Analyse der Gemeinwohlrelevanz jeweiliger Gruppeninteressen erforderlich. Erst nach positiver Antwort auf diese fundamentale Frage zur Zulässigkeit der staatlichen Interessenbefassung läßt sich die Verstaatlichung ferner anhand der spezielleren Maßstäbe von Grundrechten und Übermaßverbot würdigen.

Am Ende aber bleibt die Feststellung, daß es für die Ermittlung der Zulässigkeit einer Transformation von Partikularinteressen in staatliche Wahrnehmung jenseits allen Ermessensspielraums andere Kriterien als die erforderliche Gemeinwohlrelevanz nicht gibt⁹².

Unter diesen Aspekten ist etwa auf den bei Regierung und Parlament tätigen Sachverständigenrat zur Begutachtung der wirtschaftlichen Entwicklung hinzuweisen. Desgleichen läßt sich im Hinblick auf die Bewältigung des anbrechenden 3. Jahrtausends einem Sachverständigenrat für die Analyse der Umweltsituation und der notwendigen Maßnahmen — z. B. zur Erzwingung einer umweltfreundlichen Technologie — nicht länger ausweichen, wenn der Niedergang gegenwärtiger Metropolen zu Nekropolen verhindert werden soll.

⁹⁰ Dazu vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 17. 7. 61, 1 BvL 44/55, *BVerfGE* 13/97—107—.

⁹¹ Ausf. zur Kompetenz in Gemeinwohlfragen *Hüberle*, *Öff. Interesse*, S. 468 f.

⁹² Resignierend deshalb *Leisner*, *DÖV* 1970/217—223— dem insbesondere darin zuzustimmen ist, daß auch im Rechtsstaat Menschen walten und nicht Normen.

§ 22 Die Pflichtzugehörigkeit bei Arbeitnehmerkammern

Überblick

Die verfassungsrechtliche Beurteilung der Pflichtzugehörigkeit¹ zu Arbeitnehmerkammern hat eingedenk bisheriger Ergebnisse² nicht bei staatsorganisationsrechtlichen, sondern bei grundrechtlichen Anknüpfungspunkten einzusetzen. Nach Art. 9 Abs. 1 GG bedarf die Ausschaltung des Fernbleiberechts einer funktionellen Verstaatlichung des jeweiligen Sozialgebildes (A.). Im Fall zulässiger Staatlichkeit der Verbandsaufgaben postuliert Art. 2 Abs. 1 GG ferner die Erforderlichkeit des Zwangs als solchen (B.).

Soweit (neue) Arbeitnehmerkammern diesen Prämissen entsprechen, besteht an der Verfassungsmäßigkeit des von ihnen realisierten Pflichtbeischlusses kein Zweifel: hat sich doch erwiesen, daß unter der Voraussetzung spezifischer Gemeinwohlrelevanz selbst die staatliche Befassung mit Standesinteressen zulässig sein kann. Das Gebot der Anschaulichkeit zwingt jedoch, die entwickelten Thesen auch einer abschließenden Betrachtung des Organisationszwangs *existierender* Arbeitnehmerkammern zugrunde zu legen.

A. Aufgabenverstaatlichung nach Art. 9 Abs. 1 GG

Wie sich aus Art. 9 Abs. 1 GG³ in Verbindung mit der Zugehörigkeit von Arbeitnehmerkammern zum Organisationsbereich der mittelbaren Staatsverwaltung ergibt, gelten die aller staatlichen Aufgabenbefassung gezogenen äußersten Schranken auch für jene Körperschaften. Die folgende Analyse wird sich allerdings mit der Erörterung beispielhaft-typischer Fragen zu bescheiden haben. Denn unproblematisch ist in diesem Zusammenhang die Aktivität der Kammern als beratende, vorschlagende und berichtende Glieder des Staates. Auch finden sich keine Anhaltspunkte dafür, daß einzelne Aufgaben der Arbeitnehmerkammern notwendig in staatsunmittelbarer Verwaltung geführt und deshalb Folgerungen für die Beurteilung der Zwangsmitgliedschaft gezogen werden müßten⁴.

Dagegen erscheint es angezeigt, die unmittelbare Befriedigung von Arbeitnehmerinteressen an den Beispielen der Rechtsberatung (I.) und

¹ Zur Terminologie s. o. § 3, B. III. (am Ende).

² s. o. § 16, B.

³ Zur Beurteilung von Zwangsverbänden nach Art. 9 Abs. 1 GG s. o. § 19.

⁴ Dazu s. o. § 19, B. II. 2. a.

„Sozial“touristik (II.) näher zu beleuchten und schließlich nach einer funktionsbezogenen Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerkammern und Arbeitnehmerkoalitionen zu fragen (III.).

I. Rechtsberatung und Rechtsvertretung

Die Aufklärung und Beratung von Arbeitnehmern in rechtlichen Materien etwa des Lohnsteuerjahresausgleichs, der Gewährung von Wohn- und Kindergeld, des Kündigungsschutzes usw., zeigt deutlich die auch wirtschaftliche Komponente solcher Kammeraktivität auf. Zwar liegt die Erfüllung jener Funktion im Gesamtinteresse der Arbeitnehmerschaft. Eine Verstaatlichung indes ist nur zulässig, wenn ihre Wahrnehmung auch Gemeinwohlrelevanz besitzt.

Da sich Interessen immer auf bestimmte Objekte richten, kommt es zur Ermittlung ihrer fraglichen Gemeinwohlrelevanz primär auf die verfolgten Zwecke an. Zwar äußert sich die allgemeine Aufklärung und Beratung der Arbeitnehmerschaft über ihre Rechte im Gemeinwesen auch auf individuell-wirtschaftliche, nämlich finanzielle Art. Aber der vom Staat unmittelbar verfolgte Zweck knüpft an das Gerechtigkeitsgebot der rechtsstaatlichen Verfassung. Sie erlaubt nicht, daß große Teile der arbeitenden Bevölkerung wegen der stets komplizierteren rechtlichen Verhältnisse im modernen Staat und wegen ihres sozial- und bildungsbedingten Informationsrückstandes alljährlich empfindliche Rechtseinbußen durch Rechtsverzicht erleiden: indem sie etwa die Rückerstattung erheblicher Einkommensteile im Lohnsteuer-ausgleichsverfahren ungenutzt lassen, indem sie unter den Fürsorge-richtlinien liegende Renten beziehen, ohne Sozialhilfe zu begehren, indem sie auf Wohn- und Kindergeld verzichten, um nur einige Beispiele zu nennen.

Dem sozialen Rechtsstaat ist es aufgegeben, nicht nur jedem Bürger die gleichen Rechte und Chancen zu verbriefen, sondern auch ihre Realisierung zu ermöglichen. Wenn zudem einzelne Gruppen von Bürgern wegen ihres mit staatlichen Mitteln erworbenen Bildungsniveaus oder wegen ihrer Zusammenfassung in entsprechenden öffentlich-rechtlichen Interessenverbänden Nachteile der geschilderten Art nicht hinnehmen, so gebietet die Gerechtigkeits- und Gemeinwohlkomponente des sozialen Rechtsstaates, dem „kleinen Mann“ Gleiches zu ermöglichen. Insofern muß die rechtsberatende Interessenwahrung durch eine Arbeitnehmerkammer primär unter dem Aspekt ihrer Gemeinwohl-förderlichkeit qualifiziert werden.

Dieser staatliche Einbruch in die Berufsausübung (Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG) der rechtsberatenden Berufe findet sich durch Art. 1 § 3 Nr. 1

RBerMBG und durch die Wahrung des Übermaßverbots gedeckt. Denn weder Rechtsanwälte, noch Steuerberater oder private Assoziationen vermögen jenseits ihres Mandanten-, Mitglieder- oder Favoritenkreises für die gleiche Neutralität und allgemeine Zugänglichkeit der Rechtsberatung zu bürgen, wie sie in diesen sozialen Belangen von einer staatlichen Kammer gewährleistet wird.

Dagegen muß eine Ermächtigung von Zwangsverbänden selbst zur außergerichtlichen und gerichtlichen *Rechtsvertretung*⁵ ihrer Angehörigen abgelehnt werden. Solches ist mit der funktionalen Staatlichkeit einer Pflichtkörperschaft unvereinbar. Die Integration von Arbeitnehmerkammern in den Staat und die damit gekoppelte Abhängigkeit verbieten, etwa im Wege geschäftsbesorgender Rechtsvertretung gegen den Staat selbst vorzugehen. In der Verpflichtung zur Repräsentation *aller* Arbeitnehmer begründet sich ferner die Unzulässigkeit, im Interesse einzelner gegen andere Kammerangehörige aufzutreten. Denn soweit die Wahrung partikularer Belange überhaupt in Frage kommt, dürfen sich Zwangsverbände nur mit Agenden befassen, welche vom Gesamtinteresse ihrer Mitglieder getragen und als gemeinwohlfördernd erkannt werden. Daraus folgt, daß Arbeitnehmerkammern innerhalb der Arbeitnehmerschaft eine neutrale und innerhalb des Gemeinwesens eine objektive Position einzunehmen und zu wahren haben⁶. Deshalb muß schließlich auch eine Rechtsvertretung einzelner Kammerzugehö-

⁵ Die Rechtsvertretung halten für zulässig *Franke*, Walter, Bericht über die Arbeiterkammer Bremen, demnächst veröff. in der Reihe „Kleine Schriften zur Sozialpolitik und zum Arbeitsrecht, hrsg. vom Institut für Sozialpolitik und Arbeitsrecht, e. V., München; *Wolf*, Manfred, Verbände, S. 58 f. und passim; *BVerwG*, Urt. v. 16. 5. 57, I C 174/54, *BVerwGE* 5/74—76 f.—; wie hier a. A.: *Heimann*, BB 1956/852; *Urbanek*, Angestelltenkammer, S. 77; *Wagner*, Arbeitskammer, S. 86.

⁶ Diese und keine anderen Gründe verbieten es auch,

1. zwangsweise organisierten Studentenschaften ein politisches Mandat zuzubilligen. Ungenau daher *BVerwG*, Urt. v. 26. 9. 69, VII C 65/68, *BVerwGE* 34/69, wonach die Mitglieder eines Zwangsverbandes Anspruch darauf haben, „daß der Verband sich nicht mit Aufgaben befasse, die ihm der Gesetzgeber nicht zugewiesen hat“ (aaO, S. 73). Mag diese Begründung für andere Situationen einschlägig sein, so geht sie hier fehl: denn Zwangsvereinigungen ist es bereits von Verfassungs wegen (Art. 9 Abs. 1 GG) untersagt, außerhalb der gebotenen Neutralität und Objektivität zu agieren. Selbst eine Zuweisung politischen oder sonst identifizierenden Mandats durch den Gesetzgeber wäre daher wegen Verfassungswidrigkeit nichtig.
2. zwangsweise organisierten Handwerkskammern den Beitritt zum oder finanzielle Leistungen an den nicht demokratisch verfaßten (sondern unter Lobby-Aspekten besetzten) Deutschen Handwerkskammertag (e. V.) zu gestatten; vgl. *Reuß*, Wilhelm, Die Organisationsstruktur der handwerklichen Selbstverwaltung, Gewerkschaftliche Monatshefte 1971—542—553—. Gleiches gilt für andere Kammer-„Spitzenverbände“, s. o. § 8, B. I. 4. Abs.

riger gegenüber außenstehenden Dritten, etwa Arbeitgebern, an der staatlichen Gemeinwohl- und Neutralitätsmaxime scheitern⁷.

II. „Sozial“touristik

Besonderes verfassungsrechtliches Interesse erweckt die Feststellung, daß sich die Arbeitskammer des Saarlands in großem Stil zur Vermittlerin und Veranstalterin von Urlaubsreisen aufgeschwungen hat. Zwar mag an der „sozial“touristischen Aktivität dieser Körperschaft ein Kollektivinteresse aller ihrer Zugehörigen vermutet werden. Aber die zur Konstituierung einer zulässigen Staatsaufgabe überdies nachzuweisende Förderung des Gemeinwohls läßt sich in der Verfolgung jener Gruppenbelange nicht erkennen.

Denn es handelt sich weder um Maßnahmen nach Art der von Sozialversicherungsträgern praktizierten Kindererholung noch um entsprechende Kuraufenthalte Erwachsener. Ein Konnex zu Formen zulässiger staatlicher Daseinsvorsorge kann daher nicht konstruiert werden. Vielmehr offenbart sich in der engen Kooperation des „Ferienwerks“ jener Arbeitnehmerkammer mit dem gewerkschaftlich (Bank für Gemeinwirtschaft) kontrollierten Reiseunternehmen „g-u-t“⁸ ein Versuch, unter dem Anschein gediegen-staatlicher Urlaubsgestaltung breite Schichten potentieller Touristen zu erschließen. Der Hinweis auf ein günstiges Preisangebot vermag die Bedenken nicht zu zerstreuen. Denn jene wettbewerblich kalkulierten, geringfügigen Preisermäßigungen sind nicht von Gemeinnützigkeitsaspekten motiviert, sondern vom Wissen ihrer lukrativen Kompensierung durch eine gesteigerte Zahl an Buchungen. Im Grunde geht es folglich darum, die zahllosen Angehörigen der öffentlich-rechtlichen Zwangskörperschaft „Arbeitskammer“ einem relativ unterfrequentierten kommerziellen Reiseanbieter (g-u-t-reisen) zuzuführen und seinen Marktanteil am einträglichen Geschäft des Massentourismus zu erhöhen.

⁷ Es zeugt von verfassungsrechtlichem Gespür, daß — im Gegensatz zu österreichischen Kammern — von den deutschen Arbeitnehmerkammern über kollektive Rechtsaufklärung und -beratung hinaus eine individuelle Rechtsvertretung nicht erstrebt wird; vgl. *Großmann*, Arbeitnehmerkammern, S. 91 f.

⁸ Das „Ferienwerk“ ist Kommanditist (!) des „gemeinwirtschaftlichen unternehmens für touristik gmbh & co. KG, Frankfurt/Main“ (g-u-t-reisen), vgl. N.N., Ferienwerk der Arbeitskammer, Der saarländische Arbeitnehmer 1972/26—27—. Die Firma „g-u-t-reisen“ ihrerseits ist neuerdings in das Touristik-Unternehmen „Neckermann+Reisen“ (N-U-R) GmbH & Co. KG, Frankfurt/Main integriert.

Wollte man indes selbst die Vermittlung unerheblich verbilligter Urlaubsreisen an eine bestimmte Gruppe, hier: an die Arbeitnehmerschaft — etwa unter dem Deckmantel staatlicher Wirtschaftslenkung — als gemeinwohlfördernde Aktion qualifizieren, so sieht sich jene staatliche Betätigung zugunsten privater Reisevermittler immerhin von den Grundrechten (Art. 12 Abs. 1 GG) und dem mit ihnen verknüpften Übermaßverbot gebremst. Denn die Erforderlichkeit einer staatlichen Ferienagentur müßte angesichts des umfangreichen freien Marktangebots erst unter Beweis gestellt werden.

Die Zwangsmitgliedschaft zur Arbeitskammer des Saarlands ist daher mit den geschilderten (notwendig) staatsfremden Aktivitäten auf dem Sektor des Touristikgeschäfts gem. Art. 9 Abs. 1 GG unvereinbar⁹.

III. Funktionsbezogene Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerkammern und Arbeitnehmerkoalitionen

Nach verbreiteter Auffassung läuft die Aktivität von Arbeitnehmerkammern permanent Gefahr, mit Arbeitnehmerkoalitionen im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG zu kollidieren. Angesichts der unabdingbar notwendigen Gemeinwohlrelevanz jeder Verfolgung von Gruppeninteressen durch Zwangskörperschaften, läßt sich jedoch zwischen beiden Organisationstypen eine klare Funktionsabgrenzung vornehmen.

So liegt der Schwerpunkt staatlicher Arbeitnehmerkammern gem. Art. 9 Abs. 1 GG auf dem Sektor „allgemeiner“, unpolitischer Kollektivvertretung der Arbeitnehmerinteressen einschließlich der zugehörigen Beratungs-, Förderungs- und Schulungsmaßnahmen¹⁰. Die von Pflichtzugehörigkeit und Art. 9 Abs. 1 GG bedingte Verstaatlichung jener Agenden wird durch eine gleichzeitige Befassung privater Orga-

⁹ Zu den verfassungsrechtlichen Konsequenzen dieser Feststellung s. o. § 19, B. IV.

Mit Interesse zu erwarten ist in diesem Zusammenhang die Entscheidung des BVerfG zu den anhängigen Verfahren über die Verfassungsmäßigkeit der Zwangsmitgliedschaft insbesondere bei der saarländischen Arbeitskammer (Aktz. 1 BvR 59/66), aber auch bei der Angestelltenkammer Bremen (Aktz. 1 BvR 430/65).

¹⁰ Selbst wenn man mit Kittner, Arbeit und Recht, 1970/225—233—, eine Befassung von Arbeitnehmerkammern auf dem Gebiet der Berufsbildung wegen deren alle Bevölkerungsgruppen umfassenden Bedeutung nicht als „eigene“ Selbstverwaltungsaufgabe der Arbeitnehmerschaft erachtet, besteht kein Anlaß, den Kammern die Betätigung mit solchen Agenden zu verwehren. Arbeitnehmerkammern zählen zum Organisationsbereich der mittelbaren Staatsverwaltung. Ihre konkrete Aktivität muß sich deshalb aber nicht ausschließlich in Formen der Selbstverwaltung abspielen. Vielmehr erlauben die Modalitäten der Auftragsverwaltung (s. o. § 11, C. III. 2.) entgegen Kittner selbst eine Erfüllung vom Staat übertragener Aufgaben, etwa im Bereich der Berufsbildung.

nisationen nicht in Frage gestellt. Denn wie der Staat kein Monopol auf alleinige Verfolgung gemeinnütziger Ziele besitzt¹¹, entbehren auch Koalitionen und andere Private derartige Vorrechte: muß doch die These von der Geltung eines allgemeinen grundgesetzlichen Subsidiaritätsprinzips abgelehnt werden¹². Selbst das Übermaßverbot zieht paralleler staatlicher Wahrnehmung von Arbeitnehmerinteressen keine Schranke. Denn für die Erforderlichkeit der Verstaatlichung bedarf es keines Nachweises der Unerläßlichkeit oder zwingenden Notwendigkeit staatlicher Befassung, sondern es genügen bereits vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls¹³.

Dagegen muß den Arbeitnehmerkammern eine Teilhabe an staatsfreier autonomer Rechtsetzung auf tariflichem Sektor, an politischer Beeinflussung der staatlichen Rechtsetzung oder allgemein an Agitation gegenüber Staat und Wirtschaft wegen ihrer Zugehörigkeit zur mittelbaren Staatsverwaltung und der notwendigen Verpflichtung auf das Gemeinwohl strikt verwehrt sein. Im Bereich der sozialen und politischen Konfrontation findet sich der Schwerpunkt von Koalitionen im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG. So dienen die Gewerkschaften den „besonderen“, wirtschaftlichen und sozialen Interessen der Arbeitnehmer. Will man derartige Belange als koalitionsunerläßliche bzw. koalitionstypische bezeichnen, so ist eine Differenzierung von den allenfalls koalitionsgemäßen¹⁴ Agenden, deren Erledigung auch durch Arbeitnehmerkammern in Betracht kommt¹⁵, unumgänglich.

Bei rationaler und rationeller Funktionentrennung zwischen Kammern und Koalitionen dürfte selbst auf letzterem Sektor jede Kollision auszuschließen sein. Denn eine richtig verstandene Beschränkung der gewerkschaftlichen Aktivität auf den vorrangigen koalitionstypischen Funktionsbereich von Rechtsetzung, Rechtsbeeinflussung und Agitation — welcher Arbeitnehmerkammern von Verfassungen wegen fremd bleiben muß —, vermag zum einen die finanzielle und personelle Entlastung dieser Koalitionen zu fördern, und zum anderen eine Straffung, Verdichtung und Intensivierung ihres Wirkens zu besorgen. Unter diesen Aspekten erweist sich die gewerkschaftliche Scheu vor der Bildung von Arbeitnehmerkammern als unbegründet. Bei fortschreitender Kostensteigerung und Mitgliederstagnation wird es den Gewerkschaften ohnehin nicht erspart bleiben, zum Zweck der Wahrung ihrer primären Funktion als soziale Bewegung, politische Interessenvertretung und

¹¹ s. o. § 10, B. III. 3.

¹² s. o. § 19, B. II. 2. b.

¹³ s. o. § 19, B. II. 2. c. (am Ende).

¹⁴ Zur Terminologie vgl. *Lerche*, Arbeitskammer, S. 41 f.

¹⁵ Das wird von den Gegnern der Arbeitnehmerkammern durchweg verkannt, vgl. *Heimann*, BB 1956/852.

tarifliche Kampforganisation auf Beratungs-, Schulungs- und Förderungsaktivitäten jenseits ihres engeren Funktionärsbestandes zu verzichten.

So bleibt zu wünschen, daß sich in Gewerkschaftskreisen die Erkenntnis von der epochalen Chance¹⁶ durchsetzt, welche ein bundesweites System von Arbeitnehmerkammern eröffnet. Die Abwälzung belastender Annexfunktionen auf den Staat bietet den Koalitionen die Gewähr nicht nur präzisierter Selbstdarstellung als unersetzbare Interessen- und Kampfinstrumente der Arbeitnehmerschaft, sondern auch wirksamer Abwehr staatlicher Indienstnahmebestrebungen zu Zwecken der Daseinsvorsorge. Solche vorausschauende Konzentration wird Früchte im Mitgliederbestand der Gewerkschaften, in einer effizienten, weil klar abgegrenzten Doppelvertretung der Arbeitnehmer und in der Eröffnung gedeihlicher Zusammenarbeit zwischen beiden Exponenten der Arbeitnehmerrepräsentation tragen.

Gleiches kann vom Modell paritätisch besetzter Industrie- und Handelskammern wegen der permanenten körperschaftsinternen Konfrontation zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern und wegen der zu befürchtenden Lähmung jeder Verbandsaktivität nicht erwartet werden. Auch erscheint es als Illusion, in der Einschaltung des imaginären „neutralen Mannes“ einen förderlichen Entkrampfungseffekt zu erwarten: jener zwischen die paritätisch konfrontierten Interessenblöcke eingezwängte Schiedsmann muß von seiner Funktion zwangsläufig überfordert werden.

Von einer Austrocknung und Abdrängung der Gewerkschaften durch Arbeitnehmerkammern darf im Ergebnis bei Orientierung an Art. 9 Abs. 1 und Art. 9 Abs. 3 GG und bei richtiger funktioneller Betrachtungsweise nicht die Rede sein. Nachdem sich die staatliche Befassung mit (gemeinwohlrelevanten) Standesinteressen bereits als zulässig¹⁷ erwiesen hat, ist — mit Ausnahme von Sozialtouristik und individueller Rechtsvertretung — dasselbe vom Gros sonstiger Aufgaben der bestehenden Arbeitnehmerkammern festzustellen. Bei Beschränkung der Aktivität dieser bzw. neuer derartiger Gebilde auf die zulässig staatlichen Aufgaben scheidet daher das Grundrecht der negativen Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG) gegenüber einer gesetzlich angeordneten Zwangsmitgliedschaft aus.

¹⁶ Wie ausf. und zutreffend von *Bredl*, Interessenvertretung, passim, dargestellt wird; vgl. auch *Großmann*, RdA 1968/297—303 f.—, und *Zacher*, Arbeitskammern, S. 30 f.

¹⁷ s. o. § 21, C. II.

B. Erforderlichkeit des Zwangs nach Art. 2 Abs. 1 GG

Eine Pflichtzugehörigkeit belastet auch die freie Persönlichkeitsentfaltung des Betroffenen. Daher muß im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 GG die Frage nach der Erforderlichkeit des Zwangszusammenschlusses und seiner einzelnen Modalitäten gestellt werden¹⁸.

Die Erforderlichkeit des Organisationszwangs als solchen ist zu bejahen, wenn die Aufgaben der Arbeitnehmerkammern ohne Pflichtzusammenschluß nicht oder nicht ordnungsgemäß erfüllt werden können. Beleuchtet man in dieser Hinsicht etwa die Öffentlichkeitsarbeit der Kammern, so mag diese Agenda als vom Körperschaftszweck sanktionierte zulässige Annexfunktion¹⁹ angesehen werden. Aber eine Zwangsorganisation ist zur Publizierung der allgemeinen Anliegen der Arbeitnehmerschaft nicht erforderlich. Denn ihre Erfüllung wird in Zusammenhang vor allem mit den besonderen, nicht gemeinwohlfördernden Gruppeninteressen in ausreichendem Maße durch die Koalitionen der Arbeitnehmer besorgt. Eine Legalisierung des Pflichtbeischlusses bedingt indes nicht, daß die Erforderlichkeit des Zwangs für jede einzelne Körperschaftsagenda nachgewiesen sein muß²⁰.

Im Falle der Arbeitnehmerkammern wird diese Erforderlichkeit bereits durch den fundamentalen Zweck dieser Verbände konstituiert: Gerechtigkeits- und Gemeinwohlgründe treten dafür ein, daß der Arbeitnehmerschaft als Pendant zu den bestehenden Arbeitgeberorganisationen ein entsprechendes Repräsentationsgebilde geschaffen wird. Findet sich doch auf Unternehmerseite ein monströses System öffentlich-rechtlicher²¹, sozialpolitischer²², wirtschaftspolitischer²³ und propagandistischer²⁴ Interessenvertretungen. Als quantitativ vergleichbare Or-

¹⁸ s. o. § 20.

¹⁹ s. o. § 19, B. IV.

²⁰ s. o. § 20, B. III; daher auch insoweit unzutreffend *Kittner*, Arbeit und Recht, 1970/225—233—, wenn er ausführt, die „Erforderlichkeit“ des Zwangszusammenschlusses zu Arbeitnehmerkammern scheitere bereits an der (ebenfalls irrig angenommenen, s. o. Fn. 10) Unzulässigkeit der einzelnen Körperschaftsagenda „Berufsbildung“!

²¹ Man denke an die zahlreichen Kammern gewerblicher und freier Berufe, ausf. s. o. § 8, B. I.

²² Bundesvereinigung der Arbeitgeberverbände; 13 Landesverbände der Arbeitgebervereinigungen, 41 Fachspitzenverbände und andere.

²³ Bundesverband der Deutschen Industrie und Landesverbände; 39 Wirtschaftsverbände; Deutscher Industrie- und Handelstag; Zentralverband des Deutschen Handwerks; Gesamtverband des Deutschen Groß- und Außenhandels (102 Fachverbände); Bundesverband des privaten Bankgewerbes; Deutscher Hotel- und Gaststättenverband; Deutscher Bauernverband und viele andere.

²⁴ Deutsches Industrie Institut, Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer; Förderergemeinschaften; Standesvereinigungen.

ganisation der Arbeitnehmerschaft können lediglich die Gewerkschaften genannt werden. Dieser Unterrepräsentation der Arbeitnehmer offenbart sich um so deutlicher, wenn man im Zahlenvergleich²⁵ feststellt, daß sie als ca. 85 % des Volkes durch ca. 6000 Funktionäre vertreten werden, während sich die restlichen 15 % des Volkes auf ca. 120 000 Funktionäre stützen.

Das unentbehrliche Repräsentationsgebilde der gesamten Arbeitnehmerschaft vermag hinreichende Bedeutung nur zu gewinnen, wenn es jenseits privater bzw. faktisch öffentlicher Assoziationen mit all ihren spezifischen Eigenheiten als umfassender und innerhalb der Arbeitnehmerschaft neutraler Zusammenschluß konzipiert wird. Dieses Erfordernis und die komplexe Funktion solcher Standesvertretung mit ihren mannigfaltigen Beratungsaufgaben gegenüber Staat und Arbeitnehmern, sowie allgemeinem Förderungs- und Schulungsauftrag, bedingen die Gründung eines zwangsorganisierten Sozialgebildes. Denn die notwendige interne *Neutralität* jenes Verbandes, welche nicht auf Herkunft, Gesinnung, Beruf oder Einkommen abstellen darf, verlangt, daß alle Standeszugehörigen beige-schlossen werden. Nur auf diese Weise kann eine unparteiische Vertretung ihrer *Gesamtinteressen* sichergestellt sein. Erst solche Repräsentation findet sich ferner in der Lage, diese Belange auch innerhalb des Staatsganzen objektiv wiederzugeben und dem Gemeinwohl zu unterstellen.

Zugleich gebietet auch das für Selbstverwaltung und die damit angestrebte Individualisierung, Sachnähe und Fachkundigkeit vorrangige Moment korporativer Willensbildung die Schaffung eines Zwangsverbandes. Rationelle und sachgerechte *Aufgabenerledigung* ist nämlich nur gewährleistet, wenn alle Angehörigen der betreffenden Gruppe zusammengefaßt sind: Wirkungsmöglichkeit und Wirksamkeit eines Verbandes hängen entscheidend von der Anzahl der Mitglieder und der Vollständigkeit der Mitgliedererfassung ab.

Im Interesse der bislang vernachlässigten allgemeinen Repräsentation der Arbeitnehmerschaft²⁶, der Lebens- und Arbeitsfähigkeit ihres über-„parteilichen“ öffentlich-rechtlichen Verbandes, seines funktionsbezogenen Gewichts nach außen, der Breitenwirkung, Neutralität und Objektivität seiner Tätigkeit wird sich folglich der Organisationszwang als das geringsteinschneidende der potentiell tauglichen Mittel erweisen: dies insbesondere, wenn man im Vergleich dazu den unbehelflichen Versuch erwägt, natürliche oder juristische Personen des Privatrechts mit

²⁵ Nach Bredl, *Interessenvertretung*, S. 46.

²⁶ Zur Integration der Arbeitnehmerkammern in ein System von Standesvertretungen, welches der pluralistischen Gesellschaft entspreche, vgl. Budde, Heinz, *Alle Bürger sollen mitverantwortlich sein*, Die Arbeitskammer 1967/260.

den entsprechenden Aufgaben zu betrauen oder gar im Wege einer Inpflichtnahme zu belasten. Auf letztere Weise sähe sich der angestrebte Repräsentationszweck und die Effizienz solcher Aktivität schon a priori in Frage gestellt.

Die von der Zwangszugehörigkeit bei Arbeitnehmerkammern ausgehenden *Belastungen* sind unerheblich. Selbst wenn im konkreten Fall die Interessen des einzelnen Beigeschlossenen mit den durch die Körperschaft artikulierten Gesamtinteressen nicht konform gehen sollten, wird eine unzulässige Beeinträchtigung seiner allgemeinen Handlungsfreiheit nicht hervorgerufen. Einmal kann es sich wegen der notwendigen Beschränkung der Kammeraktivität auf allgemeine Belange nicht um eine Diskriminierung etwa der besonderen politischen, tariflichen oder individuell-wirtschaftlichen Interessen des einzelnen handeln. Auch wird die Repräsentation letzterer Interessen durch jeden Kammerzugehörigen persönlich (bzw. durch seine selbst gewählten Vereinigungen und Koalitionen) von Arbeitnehmerkammern nicht behindert. Zum anderen wiegen die zahlreichen Vorteile, welche das jeweilige Körperschaftsmitglied aus der Aktivität seines Pflichtverbandes zieht, einen dennoch auftretenden Widerstreit zwischen allgemeinen Kollektivinteressen und individuellen Einzelinteressen auf.

Da sich mit der Zugehörigkeit zur Arbeitnehmerkammer ferner auch eine *Beitragspflicht* verbindet, ist schließlich deren Erforderlichkeit mit Blick auf die jeweilige Beitragshöhe zu analysieren. Grundsätzlich kann erwartet werden, daß staatliche Aufgaben eine Finanzierung durch das Steueraufkommen der Bürger finden. Aber der Verzicht des Staates auf die Höhen unmittelbarer Verwaltung zugunsten der staatsmittelbaren Organisationsebene darf primär nicht unter dem Aspekt einer Erschließung neuer Finanzquellen für ohnehin gebotene und zu erledigende staatliche Aufgaben gesehen werden. Denn zuvorderst geht es darum, einer Standesvertretung wie der Arbeitnehmerkammer innerhalb der staatlichen Organisation Selbstverwaltungsrechte einzuräumen und die zugleich bewirkte Sachnähe der Administration jener angestrebten Aufgabenwahrnehmung dienstbar zu machen.

Endlich bewegt sich die bestehende Beitragsregelung²⁷ in derart bescheidenem Rahmen, daß angesichts der erfolgenden Gegenleistungen von einer Tangierung des Übermaßverbots nicht die Rede sein kann. Vielmehr erscheint es als nur gerechtfertigt, daß der mit öffentlich-rechtlicher Interessenvertretung bevorzugte Personenkreis auch an den Lasten jener Repräsentation beteiligt wird, anstatt sie der Gesamtheit aufzubürden.

²⁷ s. o. § 2, B.

Im Ergebnis bewirkt die Zwangszugehörigkeit bei Arbeitnehmerkammern keine Verletzung des Erforderlichkeitsgrundsatzes. Entsprechende Einschränkungen der allgemeinen Handlungsfreiheit Betroffener zählen deshalb zur verfassungsmäßigen Ordnung im Sinne des Art. 2 Abs. 1 GG.

Thesen

1. Die juristische Kategorie *Körperschaft des öffentlichen Rechts*“ bedarf der Differenzierung in Körperschaften im nur formellen und solche im formellen *und* auch materiellen Sinn. Körperschaften im auch materiellen Sinn erweisen sich als mitgliedschaftlich organisierte Sozialgebilde, die staatliche Aufgaben wahrnehmen und dazu mit öffentlicher Gewalt ausgestattet sind. Körperschaften im nur formellen Sinn haben dagegen keinen Anteil an öffentlicher Gewalt und Erledigung staatlicher Aufgaben. Sie müssen trotz ihres öffentlich-rechtlichen Status den Privatpersonen gleichgestellt werden.
2. Zwischen der äußeren Rechtsform und der funktionellen Qualität, dem Aufgabenkreis von Rechtssubjekten, besteht ersichtlich keine notwendige Kongruenz. Für die Einordnung von Rechtssubjekten in die allein eröffneten Sphären des Staatlichen bzw. des Privaten kommt ausschließlich materiellen Kriterien Bedeutung zu. Das bestätigt sich seitenverkehrt zum Phänomen der Beliehenen am Beispiel öffentlich-rechtlicher Körperschaften im nur formellen Sinn.
3. Es besteht kein Anlaß, die gleichsam „honoris causa“ erfolgende, einer Art ideeller Subventionierung gleichkommende Verleihung des öffentlich-rechtlichen Status an nach wie vor „private“ Sozialgebilde für unzulässig zu erachten. Allerdings eignet Körperschaften im nur formellen Sinn keine Dienstherrenfähigkeit. Dem hervorgehobenen Status solcher Gebilde entspricht jedoch wegen des staatlichen Interesses an ihrer Aktivität sowie des ihnen anhaftenden Rechtsscheins der Amtlichkeit eine — gegenständlich gemäßigte — Legalitätskontrolle durch den Staat.
4. Die Beurteilung der Zulässigkeit einer *Zwangsmitgliedschaft* hat entgegen der allgemeinen Auffassung nicht bei Art. 2 Abs. 1 GG, sondern bei einem funktionsbezogenen Verständnis des Art. 9 Abs. 1 GG einzusetzen.
5. Die positive und negative Vereinigungsfreiheit versagen lediglich gegenüber dem Zwang zu Zusammenschlüssen mit staatlichem Aufgabenkreis. Art. 9 Abs. 1 GG gewährleistet das Fernbleiberecht gegenüber funktionell nichtstaatlichen bzw. staatsfremden Assoziationen. Zu diesen zählen nicht allein Gebilde mit individuell-privater Ausrichtung des Wirkungskreises, sondern auch die im sogenannten Bereich des Öffentlichen angesiedelten nichtstaatlichen Vereinigungen von gesteigerter politisch-gesellschaftlicher Relevanz.
6. Für die Beurteilung der Zwangsmitgliedschaft ist die vom Bundesverfassungsgericht zu Art. 2 Abs. 1 GG entwickelte Formel einer „legitimen öffentlichen Aufgabe“ grundrechtsdogmatisch nicht tauglich. Vielmehr muß als verfassungsrechtliches Kriterium für funktionell staatliche Zusammenschlüsse der Begriff der „*Staatsaufgabe*“ herangezogen werden.

7. Der Terminus „Staatsaufgabe“ wird durch die Elemente der konkreten Aufgabenzuweisung an den Staat und durch die Zulässigkeit der staatlichen Befassung bestimmt. Von diesem Rechtsbegriff muß der Ausdruck „öffentliche Aufgabe“ als soziologischer Befund strikt getrennt werden. „Öffentliche Aufgaben“ sind die von einem faktisch öffentlichen Interesse getragenen und nicht vom Staat, sondern von Privaten erledigten Agenden.
8. Werden Verbandsfunktionen zulässigerweise als Materien der staatlichen Verwaltung wahrgenommen, so bietet Art. 9 Abs. 1 GG keinen Schutz gegen eine Zwangsmitgliedschaft. Aber das Auffanggrundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG verlangt für die Eingliederung des die Pflichtzugehörigkeit konstituierenden Gesetzes in die „verfassungsmäßige Ordnung“ den Nachweis der Erforderlichkeit des Organisationszwanges als solchen.
9. Zwangsverbände gehören mit verfassungsrechtlicher Notwendigkeit zur Organisationsebene der *mittelbaren Staatsverwaltung*. Dort verkörpern Auftrags-, Selbst- und Eigenverwaltung differenzierte Modalitäten der Erfüllung staatlicher Aufgaben durch selbständige Rechtsträger. Da es nicht auf die äußere Rechtsform der Vereinigung, sondern auf ihre Funktionen ankommt, ist eine Zwangsmitgliedschaft auch bei juristischen Personen des Privatrechts denkbar, sofern diese, zum Beispiel als Beliehene, staatliche Aufgaben wahrnehmen.
10. Im Hinblick auf die Zwangsmitgliedschaft bei *Arbeitnehmerkammern* ist die Zulässigkeit staatlicher Befassung mit Agenden, welche nur von einem Gruppen- oder Standesinteresse getragen werden, am materiellen Verständnis vom Rechtsstaat und an dessen Gerechtigkeitskomponente zu messen. Danach muß sich in staatlicher Verfolgung solcher Belange zugleich eine Förderung des Gemeinwohls ergeben.
11. An der Zulässigkeit einer Ständesvertretung der Arbeitnehmerschaft durch eigene Zwangsvereinigungen besteht unter Berücksichtigung der zu Art. 9 Abs. 1 GG getroffenen Feststellungen grundsätzlich kein Zweifel. Auch die von Art. 2 Abs. 1 GG postulierte Erforderlichkeit des Zwangs ist zu bejahen.
12. Als unvereinbar mit den Schranken, welche der staatlichen Betätigung durch die Verfassung gesetzt sind, erweisen sich jedoch Aktivitäten von Arbeitnehmerkammern im typischen und unerläßlichen Funktionsbereich der Koalitionen nach Art. 9 Abs. 3 GG, insbesondere der Gewerkschaften. Unzulässig ist gemäß Art. 9 Abs. 1, Art. 12 GG ferner eine Aufgabenwahrnehmung auf den Gebieten von Rechtsvertretung und „Sozial“touristik, wie sie von bestehenden Arbeitnehmerkammern gepflogen wird.
13. Im übrigen vermag die auf Art. 9 Abs. 1 und Art. 9 Abs. 3 GG gestützte, sich streng an der Verfassung orientierende Funktionentrennung zwischen Arbeitnehmerkammern und Arbeitnehmerkoalitionen rechtserhebliche Konflikte wirksam auszuschließen und eine für beide Partner sowie für das Wohl der Arbeitnehmerschaft förderliche Koexistenz zu eröffnen.

Literaturverzeichnis

Das Literaturverzeichnis beschränkt sich auf die Werke, welche für mehrere Abschnitte der Arbeit herangezogen und in abgekürzter Form zitiert werden. Die übrige verwendete Literatur erscheint in den jeweiligen Fußnoten.

- Altman, Rüdiger*: Zur Rechtsstellung der öffentlichen Verbände, ZfPol 1955/211
- Bachof, Otto*: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12 (1954) 37
- Teilrechtsfähige Verbände des öffentlichen Rechts, AöR 83 (1958) 208
 - Freiheit des Berufs, in Die Grundrechte, Bd. III/1, Berlin 1958, S. 155
 - Verbot des Werbefernsehens durch Bundesgesetz? Frankfurt, Berlin 1966 (zit. Werbefernsehen)
 - Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Bd. I, 3. Aufl., Tübingen 1966, Bd. II, Tübingen 1967 (zit. Verfassungsrecht)
- Badura, Peter*: Das Verwaltungsmonopol, Berlin 1963 (zit. Verwaltungsmonopol)
- Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, Tübingen 1966 (zit. Verwaltungsrecht)
 - Die Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck der Leistungsverwaltung und der soziale Rechtsstaat, DÖV 1966/624
- Ballerstedt, Kurt*: Wirtschaftsverfassungsrecht, in Die Grundrechte, Bd. III/1, Berlin 1958, S. 1
- Baron, Josef*: Das deutsche Vereinswesen und der Staat im 19. Jahrhundert, Diss. Göttingen 1962 (zit. Vereinswesen)
- Becker, Erich*: Die Selbstverwaltung als verfassungsrechtliche Grundlage der kommunalen Ordnung in Bund und Ländern, in Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. I, Berlin 1956, S. 113 (zit. Selbstverwaltung)
- Selbstverwaltung, in Staatslexikon, Bd. VII, Freiburg 1962, Sp. 46
 - Kommunale Selbstverwaltung, in Die Grundrechte, Bd. IV/2, Berlin 1962, S. 673
 - Verwaltungsaufgaben, in Verwaltung, hrsg. von Fritz Morstein Marx, Berlin 1965, S. 185 (zit. Verwaltungsaufgaben)
- Becker, Josef*: Aufgaben und Bedeutung der Arbeitskammer des Saarlandes, Die Arbeitskammer 1956/322
- Benda, Ernst*: Industrielle Herrschaft und sozialer Staat, Göttingen 1966 (zit. Herrschaft)
- Bender, Bernd*: Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Freiburg 1956 (zit. Verwaltungsrecht)

- Bergemann, Axel*: Die rechtliche Stellung der Bundesärztekammer (Arbeitsgemeinschaft der Westdeutschen Ärztekammern), Diss. Würzburg 1968 (zit. Bundesärztekammer)
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*: Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, Berlin 1964 (zit. Organisationsgewalt)
- Bogs, Walter*: Referat zur sozialrechtlichen Arbeitsgemeinschaft, in Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages (München 1960), Bd. II, Tübingen 1962, Abschn. G, S. 5 (zit. Arbeitsgemeinschaft)
- Born, Karl-Erich*: Staat und Sozialpolitik seit Bismarcks Sturz, Wiesbaden 1957 (zit. Sozialpolitik)
- Bredl, Wenzel*: Die Interessenvertretung für Arbeitnehmer, unveröff. Gutachten für den Deutschen Gewerkschaftsbund, Landesbezirk Bayern, München 1968 (zit. Interessenvertretung)
- Bremer, Heinz*: Kammerrecht der Wirtschaft, Berlin 1960 (zit. Kammerrecht)
- Brohm, Winfried*: Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, Stuttgart 1969 (zit. Strukturen)
- Buchholz, Edwin*: Interessen, Gruppen, Interessentengruppen, Diss. Tübingen 1964 (zit. Interessen)
- Bullinger, Martin*: Vertrag und Verwaltungsakt, Stuttgart 1962 (zit. Vertrag)
- Staatsaufsicht in der Wirtschaft, VVDStRL 22 (1965) 264
- Öffentliches Recht und Privatrecht, Stuttgart 1968 (zit. Öff. Recht)
- Cramer, Erich*: Zur Frage gesetzlicher Vertretungskörperschaften für Arbeitnehmer, RdA 1959/459
- Czajka, Dieter*: Pressefreiheit und „öffentliche Aufgabe“ der Presse, Stuttgart 1968 (zit. Öffentl. Aufgabe)
- Dagtoglou, Prodromos*: Wesen und Grenzen der Pressefreiheit, Stuttgart 1963 (zit. Pressefreiheit)
- Däubler, Wolfgang und Theo Mayer-Maly*: Negative Koalitionsfreiheit, Tübingen 1971 (zit. Neg. Koalitionsfreiheit)
- Dietz, Rolf*: Die Koalitionsfreiheit, in Die Grundrechte, Bd. III/1, Berlin 1958, S. 417
- Dürig, Günter*: Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat, JZ 1953/193
- Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR 81 (1956) 117
- Ehmke, Horst*: Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20 (1963) 53
- Ellwein, Thomas*: Einführung in die Regierungs- und Verwaltungslehre, Stuttgart 1966 (zit. Einführung)
- Engel, Norbert*: Die Arbeitskammer dient dem Arbeitnehmer, Die Arbeitskammer 1961/1
- Erk, Gerhard*: Pflichtmitgliedschaft und Aufnahme im genossenschaftlichen Prüfungswesen, Diss. Würzburg 1965 (zit. Pflichtmitgliedschaft)
- Erler, Georg*: Freiheit und Grenze berufsständischer Selbstverwaltung, Göttingen 1952 (zit. Selbstverwaltung)
- Ermacora, Felix*: Die Organisationsgewalt, VVDStRL 16 (1958) 191
- Eschenburg, Theodor*: Staat und Gesellschaft in Deutschland, Stuttgart 1956 (zit. Staat und Gesellschaft)
- Evangelisches Saatslexikon (EvStLex)*: hrsg. von Kunst, Hermann, Grundmann, Siegfried u. a., Stuttgart 1966 (Einzelnachweise bei den Verfassern)

- Evers, Hans-Ulrich*: Verbände — Verwaltung — Verfassung, Der Staat 3 (1964) 41
- Zur Auslegung von Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes, insbesondere zur Persönlichkeitskerntheorie, AöR 90 (1965) 88
- Fechner, Erich*: Die soziologische Grenze der Grundrechte, Tübingen 1964 (zit. Grenze)
- Fleiner, Fritz*: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928 (zit. Institutionen)
- Forster, Hermann*: Zwangsmitgliedschaft nicht verfassungswidrig, Die Arbeitskammer 1966/161
- Es geht um die öffentlich-rechtliche Arbeitnehmervertretung, Die Arbeitskammer 1968/111
- Die Arbeitskammer des Saarlandes, in Das Arbeitsrecht der Gegenwart 1968/57
- Die Arbeitskammer des Saarlands, Saarbrücken o. J. (zit. Arbeitskammer)
- Forsthoff, Ernst*: Die öffentliche Körperschaft im Bundesstaat, Tübingen 1931 (zit. Öff. Körperschaft)
- Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, VVDStRL 12 (1954) 8
- Über Maßnahme-Gesetze, in Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955 (zit. Maßnahme-Gesetze)
- Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, Stuttgart 1959 (zit. Rechtsfragen)
- Der Staat als Auftraggeber, Stuttgart 1963 (zit. Auftraggeber)
- Rechtsstaat im Wandel, Stuttgart 1964 (zit. Rechtsstaat)
- Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 9. Aufl., München und Berlin 1966 (zit. Verwaltungsrecht)
- Francke, Walter*: Sind Arbeitnehmerkammern notwendig, Gesellschafts-politische Kommentare 1968/277
- Die Arbeiterkammer Bremen, RdA 1971/200
- Frentzel, Gerhard und Jäkel, Ernst*: Die Industrie- und Handelskammern in der neueren Rechtsprechung, DVBl 1964/973
- Fröhler, Ludwig*: Die Staatsaufsicht über die Handwerkskammern, München und Berlin 1957 (zit. Staatsaufsicht)
- Die Zwangsmitgliedschaft bei Verbänden als rechtspolitisches Problem, GewArch 1962/169
- Werbefernsehen und Pressefreiheit, Frankfurt und Berlin 1965 (zit. Werbefernsehen)
- Füßlein, Rudolf-Werner*: Vereins- und Versammlungsfreiheit, in Die Grundrechte, Bd. II, Berlin 1954, S. 425
- Gallwas, Hans-Ullrich*: Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch unentgeltliche Dienstleistung Privater, BVBl 1971/245
- Galperin, Hans*: Die Beitragspflicht der im bremischen Stadtgebiet von Dienststellen der Bundesrepublik beschäftigten Arbeitnehmer. — Zur Organisation der bremischen Arbeitnehmerkammern, RdA 1953/5
- Die Stellung der Gewerkschaften im Staatsgefüge, Der Betrieb 1970/298, 346

- Gass, Berthold: Zur verfassungsrechtlichen Problematik der saarländischen Arbeitskammer und der bremischen Arbeitnehmerkammern, DÖV 1960/778
- Gastroph, Claus: Die politischen Vereinigungen, Berlin 1970 (zit. Vereinigungen)
- Gentz, Manfred: Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen, NJW 1968/1600
- Gierke, Otto von: Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. I, Berlin 1868, Neudruck Graz 1954 (zit. Genossenschaftsrecht)
- Giese, Friedrich: Die Rechtsgültigkeit der Bremischen Angestelltenkammer, VerwArch 37 (1932) 201
- Gönnenwein, Otto: Gemeinderecht, Tübingen 1963 (zit. Gemeinderecht)
- Großmann, Rupert: Die Arbeitnehmerkammern in der Rechtsordnung, Bremen 1962, hrsg. von der Angestelltenkammer Bremen (zit. Arbeitnehmerkammern)
- Zur Rechtmäßigkeit von Arbeitnehmerkammern, RdA 1968/297, 481
- Grund, Hartmut: Das Monopol der öffentlichen Hand im Rundfunk- und Fernsehwesen, DVBl 1969/481
- Habermas, Jürgen: Strukturwandel der Öffentlichkeit, 4. Aufl., Neuwied, Berlin 1969 (zit. Öffentlichkeit)
- Häberle, Peter: Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, Karlsruhe 1962 (zit. Wesensgehaltgarantie)
- Unmittelbare staatliche Parteifinanzierung unter dem Grundgesetz, JuS 1967/64
- Öffentliches Interesse als juristisches Problem, Bad Homburg 1970 (zit. Öff. Interesse)
- Hamann, Andreas: Die Bindung der staatlichen Organisationsgewalt an die Gesetzgebung, NJW 1956/1
- Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, Darmstadt 1958 (zit. Wirtschaftsverfassungsrecht)
- Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. 5. 49, 2. Aufl., Darmstadt 1961 (zit. Grundgesetz)
- Hamann, Andreas (jun.) und Helmut Lenz: Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, Neuwied und Berlin 1970 (zit. GG)
- Hamel, Walter: Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, Berlin 1957 (zit. Grundrechte)
- Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis (HkWPr): hrsg. von Hans Peters, Bd. I—III, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1956—1959 (Einzelnachweise bei den Verfassern)
- Handwörterbuch der Sozialwissenschaften (HdSW): hrsg. von Beckerath, Erwin von; Bente, Hermann u. a., Bd. I—XII, Stuttgart, Tübingen, Göttingen 1956—1965 (Einzelnachweise bei den Verfassern)
- Harms, Bernhard: Deutsche Arbeitskammern, Tübingen 1904 (zit. Deutsche Arbeitskammern)
- Arbeitskammern und Kaufmannskammern, Tübingen 1906 (zit. Arbeitskammern)
- Heimann, Eduard: Besteht Bedürfnis für Arbeitnehmerkammern, BB 1956/852

- Henke, Wilhelm*: Die Rechtsformen der sozialen Sicherung und das Allgemeine Verwaltungsrecht, VVDStRL 28 (1969) 149
- Herschel, Wilhelm*: Staatsentlastende Tätigkeit im Arbeitsschutz, in Festschrift für Hans Carl Nipperdey, Bd. II, München-Berlin 1965, S. 221 (zit. Staatsentlastende Tätigkeit)
- Herzog, Roman*: Allgemeine Staatslehre, Frankfurt/M. 1971 (zit. Allg. Staatslehre)
- Hesse, Ernst*: Die Bindung des Gesetzgebers an das Grundrecht des Art. 2 I GG bei der Verwirklichung einer „verfassungsmäßigen Ordnung“, Berlin 1968 (zit. Bindung)
- Hesse, Konrad*: Der Rechtsschutz durch staatliche Gerichte im kirchlichen Bereich, Göttingen 1956 (zit. Rechtsschutz)
- Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat, VVDStRL 17 (1959) 11
- Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl., Karlsruhe 1970 (zit. Grundzüge)
- Hippel, Ernst von*: Allgemeine Staatslehre, Berlin 1963 (zit. Allg. Staatslehre)
- Hirsch, Joachim*: Die öffentlichen Funktionen der Gewerkschaften, Stuttgart 1966 (zit. Gewerkschaften)
- Hofferberth, Otto*: Der Staat und die Berufskammern, DStR 1964/660
- Hohrmann, Friedrich*: Bundesgesetzliche Organisation landesunmittelbarer Selbstverwaltungskörperschaften, Berlin 1967 (zit. Organisation)
- Huber, Ernst Rudolf*: Rechtsformen der wirtschaftlichen Selbstverwaltung, VerwArch 37 (1932) 301
- Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl., Bd. I, Tübingen 1953; Bd. II, Freiburg 1954 (zit. Wirtschaftsverwaltungsrecht)
- Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, DÖV 1956/97, 135, 172, 200
- Selbstverwaltung der Wirtschaft, Stuttgart 1958 (zit. Selbstverwaltung)
- Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft, Oldenburg 1962 (zit. Rechtsstaat)
- Huber, Hans*: Staat und Verbände, Tübingen 1958 (zit. Staat)
- Hubmann, Heinrich*: Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl., Köln und Graz 1967 (zit. Persönlichkeitsrecht)
- Ipsen, Hans-Peter*: Über das Grundgesetz, Hamburg 1950 (zit. Grundgesetz)
- Gesetzliche Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben, in Festgabe für Erich Kaufmann, Stuttgart und Köln 1950, S. 141 (zit. Indienstnahme)
- Rechtsfragen berufsständischer Zwangsversorgung, in Aktuelle Probleme der Versicherungswirtschaft, hrsg. von Walter Rohrbeck, Berlin 1954, S. 31 (zit. Zwangsversorgung)
- Öffentliche Subventionierung Privater, Berlin 1956 (zit. Subventionierung)
- Verwaltung durch Subventionen, VVDStRL 25 (1967) 257
- Isensee, Josef*: Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, Berlin 1968 (zit. Subsidiaritätsprinzip)
- Der Fiskalbeamte — ein Fiskalprivileg, DÖV 1970/397

- Jacobi*, Erwin: Die Arbeiter- und die Angestelltenkammer in Bremen und die Reichsverfassung, *VerwArch* 38 (1933) 2
- Jecht*, Hans: Die öffentliche Anstalt, Berlin 1963 (zit. Anstalt)
- Jellinek*, Georg: Gesetz und Verordnung, Freiburg 1887 (zit. Gesetz und Verordnung)
- System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., Tübingen 1905 (zit. System)
- Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Berlin 1922, Nachdruck Darmstadt 1960 (zit. Allg. Staatslehre)
- Jellinek*, Walter: Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Berlin 1931, Neudruck Bad Homburg 1966 (zit. Verwaltungsrecht)
- Jerschke*, Hans-Ulrich: Öffentlichkeitspflicht der Exekutive und Informationsrecht der Presse, Berlin 1971 (zit. Öffentlichkeitspflicht)
- Jesch*, Dietrich: Rechtsstellung und Rechtsschutz der Gemeinden bei der Wahrnehmung „staatlicher“ Aufgaben, *DÖV* 1960/739
- Gesetz und Verwaltung, Tübingen 1961 (zit. Gesetz und Verwaltung)
- Kaiser*, Joseph: Die Repräsentation organisierter Interessen, Berlin 1956 (zit. Repräsentation)
- Kaub*, Reinhold: Das Grundrecht der Vereinigungsfreiheit im Bonner Grundgesetz, Diss. Würzburg 1957 (zit. Vereinigungsfreiheit)
- Kirdorf*, Wilhelm: Das Zwangsprinzip im Recht der Wasser- und Bodenverbände, *DÖV* 1953/50
- Kittner*, Michael: Arbeitnehmerkammern und Berufsbildung, Arbeit und Recht 1970/225
- Klein*, Friedrich: Die Verfassungsmäßigkeit der Pflichtmitgliedschaft der Genossenschaften in genossenschaftlichen Prüfungsverbänden, unveröff. Rechtsgutachten, Münster/Bonn 1957 (zit. Genossenschaften)
- Die Genossenschaften des öffentlichen Rechts, *ZgGenW* 1957/145
- Klein*, Hans H.: Zum Begriff der öffentlichen Aufgabe, *DÖV* 1965/755
- Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, Stuttgart 1968 (zit. Teilnahme)
- Klein*, Walter: Zum Begriff des öffentlichen Interesses, Diss. Köln 1969 (zit. Begriff)
- Klink*, Dieter: Die Arbeitnehmerkammern in Bremen, Gewerkschaftliche Monatshefte 1967/214
- Knauß*, Rudolf: Das negative Vereinigungsrecht und seine Schutzfunktion, Diss. Tübingen 1959 (zit. Vereinigungsrecht)
- Köttgen*, Arnold: Deutsches Universitätsrecht, Tübingen 1933 (zit. Universitätsrecht)
- Die rechtsfähige Verwaltungseinheit, *VerwArch* 44 (1939) 1
- Der Einfluß des Bundes auf die deutsche Verwaltung und die Organisation der bundeseigenen Verwaltung, *JöR* 3 (1954) 67
- Selbstverwaltung in HdSW, Bd. IX, Stuttgart, Tübingen und Göttingen 1956, S. 220
- Staatsaufsicht, aaO, S. 738
- Wesen und Rechtsform der Gemeinden und Gemeindeverbände in HkWPr, Bd. I, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1956, S. 185
- Die Gemeinde und der Bundesgesetzgeber, Stuttgart 1957 (zit. Gemeinde)

Köttgen, Arnold: Die Organisationsgewalt, VVDStRL 16 (1958) 154

— Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmerinitiative im Bereiche der Wasserversorgung und Abwässerbeseitigung, Göttingen 1961 (zit. Daseinsvorsorge)

— Das umstrittene Mandat zur Jugendpflege, DÖV 1961/1

— Der Einfluß des Bundes auf die deutsche Verwaltung und die Organisation der bundeseigenen Verwaltung, JÖR 11 (1962) 173

— Das anvertraute öffentliche Amt, in Staatsverfassung und Kirchenordnung, Festgabe für Rudolf Smend, Tübingen 1962, S. 119 (zit. Öff. Amt)

Krauss, Rupprecht von: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Hamburg 1955 (zit. Verhältnismäßigkeit)

Krautzbberger, Michael: Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private, Berlin 1971 (zit. Aufgaben)

Krisam, Raymund: Die Beteiligung der Arbeitnehmer an der öffentlichen Gewalt, Leiden 1963 (zit. Beteiligung)

Krüger, Herbert: Die geistigen Grundlagen des Staates, Stuttgart und Berlin 1940 (zit. Geistige Grundlagen)

— Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, Göttingen 1950 (zit. Grundgesetz)

— Die negative Koalitionsfreiheit, BB 1956/969

— Die Stellung der Interessenverbände in der Verfassungswirklichkeit, NJW 1956/1217

— Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., Stuttgart 1966 (zit. Allg. Staatslehre)

— Die Verfassungsprobleme des Entwurfs eines Kraftfahrtsachverständigen-Gesetzes, Hamburg 1968 (zit. Verfassungsprobleme)

Küchenhoff, Günter und Erich: Allgemeine Staatslehre, 7. Aufl., Stuttgart 1971 (zit. Allg. Staatslehre)

Laforet, Wilhelm: Deutsches Verwaltungsrecht, München 1937 (zit. Verwaltungsrecht)

Laufke, Franz: Körperschaft, in Staatslexikon, Bd. V, Freiburg 1960, Sp. 50

Leibholz, Gerhard: Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltungswandel der Demokratie im 20. Jahrhundert, 2. Aufl., Berlin 1960 (zit. Repräsentation)

— Staat und Verbände, VVDStRL 24 (1966) 5

Leibholz, Gerhard und H. J. Rinck: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl., Köln 1971 (zit. GG)

Leisner, Walter: Verfassungsgebung und Verfassungskontrolle in Frankreich und Deutschland, Diss. München 1957 (zit. Verfassungsgebung)

— Grundrechte und Privatrecht, München 1960 (zit. Grundrechte)

— Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung, Tübingen 1964 (zit. Gesetzmäßigkeit)

— Vereinigungsfreiheit, in EvStLex, Stuttgart 1956, Sp. 2337

— Öffentlichkeitsarbeit der Regierung im Rechtsstaat, Berlin 1966 (zit. Öffentlichkeitsarbeit)

— Errichtung und Einrichtung juristischer Personen in Bayern, BVB1 1967/329

— Werbefernsehen und Öffentliches Recht, Berlin 1967 (zit. Werbefernsehen)

— Öffentliches Amt und Berufsfreiheit, AöR 93 (1968) 161

- Leisner*, Walter: Privatinteressen als öffentliches Interesse, DÖV 1970/217
- Lerche*, Peter: Übermaß und Verfassungsrecht, Köln 1961 (zit. Übermaß)
- Verfassungsfragen um Sozialhilfe und Jugendwohlfahrt, Berlin 1963 (zit. Verfassungsfragen)
- Rechtsprobleme des Werbefernsehens, Frankfurt und Berlin 1965 (zit. Werbefernsehen)
- Zur Verfassungsmäßigkeit der erwogenen Errichtung einer Arbeitskammer in Bayern unter besonderer Berücksichtigung von Art. 179 der Bayerischen Verfassung, unveröff. Rechtsgutachten, München 1970 (zit. Arb'k.)
- Rundfunkmonopol, Frankfurt und Berlin 1970 (zit. Rundfunkmonopol)
- Linckelmann*, Karl: Wasserwirtschaftliche Selbstverwaltung, DÖV 1955/625, 685, 717
- Zum staatsrechtlichen Lehrbegriff der „mittelbaren Staatsverwaltung“, DÖV 1959/561
- Löning*, G.: Rechtsgültigkeit von Arbeitnehmerkammern, NZfAR 9 (1929) 593, 673
- Lynker*, Hilmar: Die Rechtsgrundlage der öffentlichen Körperschaft im heutigen Verwaltungsrecht, Diss. Bonn 1960 (zit. Körperschaft)
- Maisel*, Karl: Vierzig Jahre Arbeiterkammergesetz, Die Arbeitskammer 1960/71
- Mallmann*, Walter: Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL 19 (1961) 165
- Vereins- und Versammlungsfreiheit, in Staatslexikon, Bd. VIII, Freiburg 1963, Sp. 106
- Mang*, Johann: Verwaltungsrecht in Bayern, Bd. I, München 1951 (zit. Verwaltungsrecht)
- Mangoldt*, Hermann von: Ist eine Zwangsmitgliedschaft bei Berufs- und Wirtschaftsverbänden mit dem GG vereinbar, BB 1951/621
- Das Bonner Grundgesetz, Berlin und Frankfurt 1953 (zit. Grundgesetz)
- Mangoldt*, Hermann von und *Friedrich Klein*: Das Bonner Grundgesetz, Berlin und Frankfurt, Bd. I, 2. Aufl. 1966; Bd. II, 2. Aufl. 1964 (zit. GG)
- Marré*, Heiner und *Karl-Eugen Schlieff*: Der öffentlich-rechtliche Gesamtstatus der Kirchen, NJW 1965/1514
- Martens*, Wolfgang: Öffentlich als Rechtsbegriff, Bad Homburg 1969 (zit. Öffentlich)
- Übertragung von Hoheitsgewalt auf Schüler, NJW 1970/1029
- Matz*, Werner: Art. 1—37, in Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, JöR 1 (1951) 1
- Maunz*, Theodor: Deutsches Staatsrecht, 18. Aufl., München 1971 (zit. Staatsrecht)
- Maunz*, Theodor, *Günter Dürig* und *Roman Herzog*: Grundgesetz, Kommentar, München und Berlin, Stand 1971 (zit. GG)
- Mayer*, Franz: Allgemeines Verwaltungsrecht, Stuttgart 1970 (zit. Verwaltungsrecht)
- Mayer*, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 3. Aufl.; Bd. II, 3. Aufl.; München 1924, Neudruck Berlin 1961 (zit. Verwaltungsrecht)
- Menger*, Christian-Friedrich: Der Begriff des sozialen Rechtsstaats im Bonner Grundgesetz, Tübingen 1953 (zit. Begriff)

- Menger, Christian-Friedrich*: Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, *VerwArch* 52 (1961) 303; 56 (1965) 81
- Merk, Wilhelm*: Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, Berlin 1962 (zit. Verwaltungsrecht)
- Mielke, Jürgen*: Die Abgrenzung der juristischen Person des öffentlichen Rechts von der juristischen Person des Privatrechts, Diss. Hamburg 1965 (zit. Abgrenzung)
- Mikat, Paul*: Kirchen und Religionsgemeinschaften, in *Die Grundrechte*, Bd. IV/1, Berlin 1960, S. 110
- Kirchliche Streitsachen vor den Verwaltungsgerichten, in *Staatsbürger und Staatsgewalt, Jubiläumsschrift für Verwaltungsgerichtsbarkeit und Bundesverwaltungsgericht*, Karlsruhe 1963, Bd. II, S. 315 (zit. Kirchl. Streitsachen)
- Das Verhältnis von Kirche und Staat in der Bundesrepublik, Berlin 1964 (zit. Kirche und Staat)
- Molitor, Erich*: Über öffentliches Recht und Privatrecht, Karlsruhe 1949 (zit. Öff. Recht und Privatrecht)
- Most, Otto*: Die Selbstverwaltung der Wirtschaft in den Industrie- und Handelskammern, 3. Aufl., Jena 1927 (zit. Selbstverwaltung)
- Müller, Friedrich*: Korporation und Assoziation, Berlin 1965 (zit. Korporation)
- Müller, Gerhard*: Naturrechtsgedanken im geltenden Recht; Zum Gemeinwohl als Rechtsprinzip, *Die Arbeitskammer* 1960/88
- Münch, Ingo von*: Kommentierung zu Art. 9 GG, in *Bonner Kommentar*, Hamburg, Stand 1971 (zit. BK)
- Nawiasky, Hans*: Die Verfassung des Freistaates Bayern, 1. Aufl., München und Berlin 1948 (zit. Bayer. Verfassung)
- Nawiasky, Hans, Karl Leusser, Erich Gerner, Karl Schweiger und Hans Zacher*: Die Verfassung des Freistaates Bayern, München, Stand 1971 (zit. BV)
- Nebinger, Robert*: Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Stuttgart 1949 (zit. Verwaltungsrecht)
- Nipperdey, Hans Carl*: Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in *Die Grundrechte* Bd. IV/2, Berlin 1962, S. 741
- Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, 3. Aufl., Köln, Berlin, München, Bonn 1965 (zit. Soziale Marktwirtschaft)
- Noltenius, Hanne*: Die freiwillige Selbstkontrolle der Filmwirtschaft und das Zensurverbot des Grundgesetzes, Göttingen 1958 (zit. Selbstkontrolle)
- Obermayer, Klaus*: Der Vollzug des Vereinigungsverbotes nach Art. 9 Abs. 2 GG, *BVBl* 1956/5, 38, 146
- Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, Stuttgart, München, Hannover 1956 (zit. Verwaltungsakt)
- Die Übertragung von Hoheitsbefugnissen im Bereich der Verwaltungsbehörden, *JZ* 1956/625
- Über die Rechtsnatur und Anfechtbarkeit kommunaler Gebiets- und Statusänderungen, *BVBl* 1958/69
- Rechtsnatur der Kriegsofferansprüche, hrsg. vom Institut für Sozialpolitik und Arbeitsrecht e. V., München 1963 (zit. Kriegsofferansprüche)
- Gedanken zur Methode der Rechtserkenntnis, *NJW* 1966/1885

- Obermayer*, Klaus: Allgemeines Verwaltungsrecht, in Mang, Johann — Maunz, Theodor — Mayer, Franz — Obermayer, Klaus, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 3. Aufl., München 1968, S. 118 (zit. Verwaltungsrecht)
- Kommunalrecht, aaO, S. 320 (zit. Kommunalrecht)
- Kommentierung zu Art. 140 GG (II. Erläuterungen, Zweitbearbeitung), in Bonner Kommentar, Hamburg, Stand 1971 (zit. BK)
- Obermayer*, Klaus und Udo *Steiner*: Die Monopole der öffentlichen Sachversicherung und das Grundrecht der Berufsfreiheit, NJW 1969/1457
- Ossenbühl*, Fritz: Der öffentliche Status der Gewerkschaften, NJW 1965/1561
- Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, Bad Homburg 1958 (zit. Verwaltungsvorschriften)
- Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 29 (1971) 137
- Pathe*, Karl: Zwangsmitgliedschaft und Grundgesetz, DVBl 1950/663
- Peierle*: Wie nützlich sind Arbeitnehmerkammern? Die saarländische Kammer als Beispiel, Gesellschaftspolitische Kommentare, 1969/40
- Peters*, Hans: Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preußen, Berlin 1926 (zit. Grenzen)
- Lehrbuch der Verwaltung, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1949 (zit. Lehrbuch)
- Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, in Festschrift für Rudolf Laun, Hamburg 1953, S. 669 (zit. Verfassungsziel)
- Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, Köln-Opladen 1963 (zit. Referat)
- Öffentliche und staatliche Aufgaben, in Festschrift für Hans Carl Nipperdey, Bd. II, München und Berlin 1965, S. 877 (zit. Aufgaben)
- Pohle*, Ekhard: Interessenverbände der öffentlichen Hand, VerwArch 53 (1962) 201, 333
- Potthoff*, Heinz: Die Vertretung von Angestellten in Arbeitskammern, Jena 1905 (Schriften der Gesellschaft für soziale Reform, Nr. 19)
- Preuß*, Ulrich K.: Zum staatsrechtlichen Begriff des Öffentlichen, Stuttgart 1969 (zit. Begriff des Öffentlichen)
- Püttner*, Günter: Die öffentlichen Unternehmen, Bad Homburg 1969 (zit. Öff. Unternehmen)
- Quadflieg*, Friedrich: Die Teilnehmergeinschaft nach dem Flurbereinigungs-gesetz vom 14. Juli 1953 als Genossenschaft des öffentlichen Rechts, Stuttgart 1967 (zit. Teilnehmergeinschaft)
- Quaritsch*, Helmut: Legalität, Legitimität, in EvStLex, Stuttgart 1966, Sp. 1226
- Quidde*, Torsten: Grundrechtsschutz vor Zwangsmitgliedschaften, DÖV 1958/521
- Die Dienstherrenfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts, ZBR 1958/229
- Radbruch*, Gustav: Der Zweck des Rechts, in: ders., Der Mensch im Recht, Göttingen 1957, S. 88 (zit. Zweck des Rechts)
- Rasch*, E.: Entstehung und Auflösung von Körperschaften des öffentlichen Rechts, DVBl 1970/765

- Rasch, Wilhelm: Entwicklung, Funktion und Aussichten der Arbeiterkammer Bremen, in Stellung der Arbeitnehmer in der modernen Wirtschaftspolitik, hrsg. von Hans Bayer, Berlin 1959, S. 71 (zit. Arbeiterkammer)
- Redeker, Konrad: Kammerbegriff und Grundgesetz, DVBl 1952/201, 239
- Gegenwartsfragen der berufsständischen Selbstverwaltung, JZ 1954/625
- Reuß, Wilhelm: Die Organisation der Wirtschaft, in Die Grundrechte, Bd. III/1, Berlin 1958, S. 91
- Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, Köln, Berlin, Bonn, München 1963 (zit. Wirtschaftsverwaltungsrecht)
- Richter, Lutz: Vereinigungsfreiheit, VerwArch 32 (1927) 1
- Ridder, Helmut: Kirche, Staat, Rundfunk, Frankfurt/M. 1958 (zit. Kirche, Staat, Rundfunk)
- Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart 1960 (zit. Gewerkschaften)
- Rietdorf, Fritz: Zum staatsrechtlichen Lehrbegriff der „mittelbaren Staatsverwaltung“, DÖV 1959/671
- Rinken, Alfred: Das Öffentliche als verfassungstheoretisches Problem, Berlin 1971 (zit. Das Öffentliche)
- Roemer, Walter: Zum Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit, in Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift Deutscher Juristentag, Bd. I, Karlsruhe 1960, S. 545 (zit. Entfaltung)
- Rüfner, Wolfgang: Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, Berlin 1967 (zit. Formen)
- Die Rechtsformen der sozialen Sicherung und das Allgemeine Verwaltungsrecht, VVDStRL 28 (1969) 187
- Rupp, Hans Heinrich: Privateigentum an Staatsfunktionen? Tübingen 1963 (zit. Privateigentum)
- Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Tübingen 1965 (zit. Grundfragen)
- Das Grundrecht der Berufsfreiheit, NJW 1965/993
- Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Sammlungsgesetz — eine Wende in der Grundrechtsinterpretation des Art. 2 Abs. 1 GG, NJW 1966/2037
- Die Stellung der Studenten in der Universität, VVDStRL 27 (1969) 113
- Ryffel, Hans: Öffentliche Interessen und Gemeinwohl — Reflexionen über Inhalt und Funktion, in Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen, hrsg. von der Hochschule Speyer, Berlin 1968, S. 13 (zit. Öff. Interessen)
- Salzwedel, Jürgen: Kommunalrecht, in Verfassungs- und Verwaltungsrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, hrsg. von Wilhelm Loschelder und Jürgen Salzwedel, Berlin, Köln 1964, S. 217 (zit. Kommunalrecht)
- Staatsaufsicht in der Verwaltung, VVDStRL 22 (1965) 206
- Sauer, Ernst: Landwirtschaftliche Selbstverwaltung, Stollhamm (Oldenburg) 1957 (zit. Selbstverwaltung)
- Sauer, Hubert: Rechtsnatur der Entscheidung des amtlich anerkannten Sachverständigen oder Prüfers beim Technischen Überwachungsverein über Bestehen und Nichtbestehen der Fahrprüfung, DVBl 1970/486

- Scheffler*, Gerhard: Die Stellung der Kirche im Staat nach Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 137 WRV, Hamburg 1964 (zit. Kirche im Staat)
- Zum öffentlichen Status der Gewerkschaften, NJW 1965/849
- Scheuner*, Ulrich: Wirtschaftliche und soziale Selbstverwaltung, DÖV 1952/609
- Die Parteien und die Auswahl der politischen Leitung im demokratischen Staat, DÖV 1958/641
- Der Inhalt der Koalitionsfreiheit, in Koalitionsfreiheit — Drei Rechtsgutachten, hrsg. von Werner Weber, Ulrich Scheuner, Rolf Dietz, Berlin und Frankfurt/M. 1961, S. 29 (zit. Koalitionsfreiheit)
- Pressefreiheit, VVDStRL 22 (1965) 1
- Voraussetzungen und Form der Errichtung öffentlicher Körperschaften (außerhalb des Kommunalrechts), in Gedächtnisschrift für Hans Peters, Berlin und Heidelberg 1967, S. 797 (zit. Öff. Körperschaften)
- Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat. Die Grundrechte als Richtlinie und Rahmen der Staatstätigkeit, DÖV 1971/505
- Schick*, Walter: Gemeindemonopole und Grundgesetz, DÖV 1962/931
- Schmidt*, Walter: Die Freiheit vor dem Gesetz, AöR 91 (1966) 42
- Schmitt*, Carl: Verfassungslehre, München und Leipzig 1928 (zit. Verfassungslehre)
- Schneider*, Hans: Die öffentlich-rechtliche Alterssicherung freier Berufe und das Grundgesetz, Stuttgart 1959 (zit. Alterssicherung)
- Schnorr*, Gerhard: Öffentliches Vereinsrecht, Köln, Berlin, Bonn, München 1965 (zit. Vereinsrecht)
- Schnur*, Roman: Pressefreiheit, VVDStRL 22 (1965) 101
- Schöttler*, Wilhelm: Zum Problem der Errichtung von Kraftfahrlehrerkammern, RiA 1963/49
- Scholler*, Heinrich: Person und Öffentlichkeit, München 1967 (zit. Öffentlichkeit)
- Scholz*, Rupert: Das Wesen und die Entwicklung der gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen, Berlin 1967 (zit. Gemeindliche öffentl. Einrichtungen)
- Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, München 1971 (zit. Koalitionsfreiheit)
- Schüle*, Adolf und Hans *Huber*: Persönlichkeitsschutz und Pressefreiheit, Tübingen 1961 (zit. Persönlichkeitsschutz)
- Siebert*, Wolfgang: Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, in Festschrift für Hans Niedermeyer, Göttingen 1953, S. 215 (zit. Privatrecht)
- Rechtsstellung und Haftung der Technischen Überwachungs-Vereine im Kraftfahrzeugprüfungswesen, Heidelberg 1957 (zit. Rechtsstellung)
- Sinzheimer*, Hugo: Rechtsgültigkeit der bremischen Arbeitnehmerkammern, NZfAR 10 (1930) 593
- Smend*, Rudolf: Zur Gewährung der Rechte einer Körperschaft des öffentlichen Rechts an Religionsgemeinschaften gem. Art. 137 WRV, ZevKR 2 (1952/53) 374
- Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit, in Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 11 (zit. Problem des Öffentlichen)

- Spanner*, Hans: Organisationsgewalt und Organisationsrecht, DÖV 1957/640
- Staatslexikon: hrsg. von der Görres-Gesellschaft, 6. Aufl. Bd. I—XI, Freiburg 1957—1970 (Einzelnachweise bei den Verfassern)
- Stein*, Ekkehart: Lehrbuch des Staatsrechts, Tübingen 1968 (zit. Staatsrecht)
- Steiner*, Udo: Der „beliehene Unternehmer“, JuS 1969/69
- Öffentliche Verwaltung durch Private, DÖV 1970/526
- Stern*, Klaus: Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrages, AöR 84 (1959) 137
- Die öffentliche Sache, VVDStRL 21 (1964) 183
- Syrup*, Friedrich und Otto *Neuloh*: Hundert Jahre staatliche Sozialpolitik 1839—1939, Stuttgart 1957 (zit. Hundert Jahre)
- Tatarin-Tarnheyden*, Edgar: Die Berufsstände, ihre Stellung im Staatsrecht und die Deutsche Wirtschaftsverfassung, Berlin 1922 (zit. Berufsstände)
- Teuteberg*, Hans-Jürgen: Geschichte der industriellen Mitbestimmung in Deutschland, Tübingen 1961 (zit. Mitbestimmung)
- Thieme*, Werner: Subsidiarität und Zwangsmitgliedschaft, Saarbrücken 1962 (zit. Subsidiarität)
- Trinkhaus*: Bremisches Arbeitskammergesetz, BB 1956/688
- Turegg*, Kurt Egon von und Erwin *Kraus*: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 4. Aufl., Berlin 1962 (zit. Verwaltungsrecht)
- Twiehaus*, Uwe: Die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute, Göttingen 1965 (zit. Kreditinstitute)
- Über*, Giesbert: Arbeitszwang, Zwangsarbeit, Dienstpflichten, in Hamburger Festschrift für Friedrich Schack, Hamburg 1966, S. 167 (zit. Arbeitszwang)
- Ule*, Carl Hermann: Das Bundessozialhilfegesetz, der Sozialstaatsgedanke und die gemeindliche Selbstverwaltung, ZfSR 1962/637, 701
- Ullrich*, Gotthold Gerhard: Grenzen der Vereinigungsfreiheit, Diss. Saarbrücken 1969 (zit. Vereinigungsfreiheit)
- Urbanek*, Hans: Die Bedeutung der Angestelltenkammer Bremen für die Stellung der Arbeitnehmer in der Wirtschaftspolitik, in Stellung der Arbeitnehmer in der modernen Wirtschaftspolitik, hrsg. von Hans Bayer, Berlin 1959, S. 77 (zit. Angestelltenkammer)
- Vecchio*, Giorgio del: Über die Aufgaben und Zwecke des Staates, AöR 88 (1963) 249 (zit. Aufgaben)
- Vogel*, Klaus: Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, Hamburg 1959 (zit. Öff. Wirtschaftseinheiten)
- Vossieg*, Siegfried: Die Zwangsmitgliedschaft bei den Berufskammern und Grundgesetz, Düsseldorf 1959 (zit. Zwangsmitgliedschaft)
- Voßkühler*, Rudolf: Eigene und fremde Angelegenheiten der Träger öffentlicher Verwaltung, Diss. Münster 1969 (zit. Angelegenheiten)
- Wagner*, Helmut: Die Bedeutung der Arbeitskammer des Saarlands für die Mitwirkung der Arbeitnehmer an der Wirtschaftspolitik, in Stellung der Arbeitnehmer in der modernen Wirtschaftspolitik, hrsg. von Hans Bayer, Berlin 1959, S. 83 (zit. Arbeitskammer)
- Waldecker*, Ludwig: Über den Begriff der Korporation des öffentlichen Rechts nach preußischem Recht, Berlin 1913 (zit. Korporation)

- Weber, Hermann: Die Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts im System des Grundgesetzes, Berlin 1966 (zit. Religionsgemeinschaften)
- Weber, Max: Wirtschaft und Gesellschaft, Köln und Berlin 1964 (zit. Gesellschaft)
- Weber, Werner: Die Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, 2. Aufl., München und Berlin 1943 (zit. Körperschaften)
- Die Kammern der Heilberufe und das Grundgesetz, DÖV 1952/705
 - Die verfassungsrechtliche Problematik der Zwangsversorgungseinrichtungen der freien Berufe, in Aktuelle Probleme der Versicherungswirtschaft, hrsg. von Walter Rohrbeck, Berlin 1954, S. 7 (zit. Zwangsversorgungseinrichtungen)
 - Juristische Person des öffentlichen Rechts, in HdSW, Bd. V, Stuttgart, Tübingen, Göttingen 1956, S. 449
 - Körperschaften des öffentlichen Rechts, in HdSW, Bd. VI, Stuttgart, Tübingen, Göttingen 1959, S. 38
 - Über Zwangskorporationen und freie Berufsverbände, in Festschrift der Zeitschrift für Sozialreform für Walter Bogs, Wiesbaden 1967, S. 211 (zit. Zwangskorporationen)
 - Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, 2. Aufl. Göttingen 1967 (zit. Staats- und Selbstverwaltung)
 - Der nicht staatsunmittelbare öffentliche Organisationsbereich, JJB 8 (1967/68) 137
- Wehrhahn, Herbert: Systematische Vorfragen einer Auslegung des Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes, AöR 82 (1957) 250
- Welter, B.: Warum eine Arbeitskammer, Die Arbeitskammer 1953/1
- Wernicke, Kurt Georg: Kommentierung zu Art. 9 GG (Erstbearbeitung) und zu Art. 20 GG, in Bonner Kommentar, Hamburg (zit. BK)
- Wertenbruch, Wilhelm: Die rechtliche Einordnung wirtschaftlicher Verbände in den Staat, in Gedächtnisschrift für Hans Peters, Berlin und Heidelberg 1967, S. 614 (zit. Wirtschaftliche Verbände)
- Wihldal, Margarete: Der Eingriff der Verwaltung in das Vereinswesen, Diss. Köln 1963 (zit. Vereinswesen)
- Winckelmann, Johannes: Legitimität und Legalität in Max Webers Herrschaftssoziologie, Tübingen 1952 (zit. Legitimität)
- Die verfassungsrechtliche Unterscheidung von Legitimität und Legalität, ZgesStW 112 (1956) 164
- Winkler, Günther: Staat und Verbände, VVDStRL 24 (1966) 34
- Wintrich, Josef M.: Zur Problematik der Grundrechte, Köln-Opladen 1957 (zit. Problematik)
- Wittig, Peter: Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes, DÖV 1968/817
- Wittkämper, Gerhard W.: Grundgesetz und Interessenverbände, Köln-Opladen 1963 (zit. Interessenverbände)
- Wolff, Hans J.: Verwaltungsrecht, Bd. I, 7. Aufl., München 1968, Bd. II, 3. Aufl., München 1970, Bd. III, München und Berlin 1966 (zit. Verwaltungsrecht)
- Wolf, Manfred: Die Klagebefugnis der Verbände, Tübingen 1971 (zit. Verbände)

- Wurzbacher, Gerhard: Vereinigungs- und Versammlungsfreiheit, in Das Grundrecht der freien Vereinigung und seine Verwirklichung in der Bundesrepublik, hrsg. von Gerhard Wurzbacher und Gertrud Schrötter, Hannover 1966 (zit. Vereinigungsfreiheit)
- Zacher, Hans: Freiheit und Gleichheit in der Wohlfahrtspflege, Köln 1967 (zit. Wohlfahrtspflege)
- Arbeitskammern im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, Köln, Berlin, Bonn, München 1971 (zit. Arbeitskammern); — Kurzfassung: RdA 1971/193
- Zeidler, Karl: Gedanken zum Fernseh-Urteil des BVerfG, AöR 86 (1961) 361
- Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL 19 (1961) 208
- Zeitzschwitz, Friedrich von: Das Gemeinwohl als Rechtsbegriff, Diss. Marburg 1967 (zit. Gemeinwohl)
- Zippelius, Reinhold: Das Verbot übermäßiger gesetzlicher Beschränkung von Grundrechten, DVBl 1956/353
- Wertungsprobleme im System der Grundrechte, München 1962 (zit. Wertungsprobleme)
- Persönlichkeitsentfaltung, in EvStLex, Stuttgart 1966, Sp. 1504
- Das Wesen des Rechts, 2. Aufl. München 1969 (zit. Wesen)
- Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. München 1971 (zit. Allg. Staatslehre)
- Zuhorn, Karl und Werner Hoppe: Gemeinde-Verfassung, Siegburg 1962 (zit. Gemeindeverfassung)

Stichwortverzeichnis

Zahlen ohne Klammern geben die Seiten, Zahlen in Klammern die jeweiligen Fußnoten an.

- Angestelltenkammer** 31 f. (s. auch Arbeitnehmerkammer)
- Anstalt des öffentl. Rechts** 41, 49, 204
- Apothekerkammer** 105
- Arbeiterkammer** 27 ff., 31 f. (s. auch Arbeitnehmerkammer)
- Arbeiterräte** 24
- Arbeiterkammer**
 - Aufgaben 38 f., 258 ff., 278 ff.
 - Begriff (allg.) 23 f., 35 (1), 49, 50 f., 92, 105, 149
 - Beiträge 37, 287
 - Bremen 31 f., 35 f., 40 (14)
 - Entwicklung 2 ff.
 - Erforderlichkeit 285 ff.
 - **Gesetzentwürfe** 37 (5,6)
 - und Gewerkschaften 282 ff.
 - Interessenausgleich 260 f.
 - Interessenkonstellationen 258 ff.
 - Körperschaft des öffentl. Rechts 36, 40 f.
 - Luxemburg 34
 - Neutralität 286 f.
 - Organisation 36 f.
 - Österreich 33 f.
 - Pflichtzugehörigkeit s. dort und 278 ff.
 - Rechtsberatung 279 f.
 - Rechtsvertretung 280 f.
 - Saarland 32 f., 36 f., 40 (14)
 - Schweiz 35
 - Sozialtouristik 281 f.
- Arbeitsämter** 25, 145
- Arbeitskammer** 26 f., 32 f. (s. auch Arbeitnehmerkammer)
- Arbeitslosenversicherung** 106, 145
- Architektenkammer** 105
- Ärzttekammer** 105
- Ärzteversorgung** 92
- Auffanggrundrecht** 214 ff., 60 ff.
- Aufgaben** 116 (s. auch öffentl. Aufgabe, Staatsaufgabe, Körperschaft des öffentl. Rechts)
- Aufsicht** s. Staatsaufsicht
- Auftragsverwaltung** 163 f.
- Auslegung** 208 f., 217 f.
- Außenhandelskammer** 105 (15)
- Außenpolitik** 199 (10)
- Bayer. Bauernverband** 47, 104, 171 f.
- Bayer. Gemeindetag** 107, 171 f.
- Bayer. Jugendring** 47, 107, 171 f., 191 (132)
- Bayer. Rotes Kreuz** 47, 107, 170 f.
- Bayer. Sparkassen- u. Giroverband** 107
- Bayer. Städtverband** 107, 171 f.
- Bayer. Verwaltungsschule** 107
- Beamte** 134 (90), 135, 183 ff.
- Beitragspflicht** s. Zwangsbeitrag
- Beliehener** 88, 116, 118, 134 (90), 169, 187 (114), 234, 242
- Berufsbeamtentum** 184 f.
- Berufsfreiheit** 55, 133 f., 238, 244 ff.
- Berufsgenossenschaft** 106
- Berufsschulverband** 106
- Berufsverband** 50 f., 104 f.
- Betriebsarbeiterrat** 29 f.
- Betriebskrankenkasse** 106
- Bezirksarbeiterrat** 29 f.
- Bremen** 31 ff., 35 f.
- Bundesanstalt für Angestellte** 106
- Bundesanstalt für Arbeit** 106, 111, 145
- Bundesknappschaft** 106
- Bundesverband für den Selbstschutz** 107, 110, 147 f.
- Centralverein für das Wohl der arbeitenden Klassen** 24
- Christlich-Demokratische Union** 29
- Christlich-Soziale Union** 37 (5,6)
- Daseinsvorsorge** 114, 138 f., 236 f.
- Deutsche Bundesbank** 163, 201 (26)
- Dezentralisierung** 112, 144 ff., 164
- Dienstaufsicht** 188 (s. Staatsaufsicht)
- Dienstherrnenfähigkeit** 183 ff.
- Disziplinierung** 112, 150

- Eigenunfallversicherung** 106
Eigenverwaltung 163
Einfuhr- und Vorratsstellen 164 (80)
Erdölbevorratung 72
Erforderlichkeitsgrundsatz 240, 251 ff., 285 (s. auch **Übermaßverbot**)
Erfertverband 92
Ersatzkasse 106

Fachaufsicht 152
Fernbleiberecht s. **Vereinigungsfreiheit**
Fischereiverband 106
Fiskalhandeln 115, 237 f.
Freiwilligkeitsprinzip 186 f.
funktionelle Betrachtungsweise, funktionsbezogene Methode 226 ff.

Gebietskörperschaft 104
 geheim 72
 gemein 73
Gemeinderecht 154 f., 159 f.
Gemeindeunfallversicherungsverband 106
Gemeinwohl 64 f., 238 f., 261 ff., 267 f., 271 f.
Genossenschaft 85, 241 f.
Genossenschaftsprüfungsverband 241 ff.
Gerichtsbarkeit 199 (9)
Gesellschaft 76 ff., 69, 110, 120 f., 230 f.
Gesetzmäßigkeit der Verfassung 96 (3), 220 (3), 246 (100)
Gesetzesvorbehalt 246 (101)
 — funktioneller 176 f.
 — institutioneller 179 f.
Gewerbekammer 26, 50
Gewerberäte 24 f.
Gewerkschaften 25, 28, 82, 282 ff.
Grundrechte 83, 86, 210 ff.
Grundrechtsschranken 245 f.
Gruppeninteressen 238, 258 f., 261 ff., 267 f., 271 f.

Handlungsfreiheit, allgemeine 62 ff., 98 ff., 212 f.
Handwerksinnung 104
Handwerkskammer 27, 50, 105, 280 (6)
Handwerkskammertag, Deutscher 105, 280 (6)
Haubergenossenschaft 106
Hauptfreiheitsrecht 217 ff.
Hermeneutik 208 f.
Herrenchiemseer Konvent 224 f., 237
Hoheitsgewalt 112, 131 f., 157 f., 192 f.

Industrie- und Handelskammer 27, 50, 92, 105, 284
Innungskrankenkasse 106
Interessen 260 f., 264 (s. auch **Gruppen-, Privatinteressen**)
Jagdgenossenschaft 106
Juristische Person des öffentl. Rechts 41, 204

Kammer 50 f.
Kassenarzt 70
Kassen(zahn)ärztliche Vereinigung 106
Kinderarbeit 29 (34)
Kindergeld 92
Kirchen 72 (s. auch **Religionsgemeinschaften**)
Koalitionsfreiheit 58 (2, 3), 208 (1, 2), 224 (19)
Körperschaft des öffentlichen Rechts
 — Analyse, Arten 103 ff.
 — Aufgaben 45 f., 196 f., (s. auch **Staatsaufgabe, öffentl. Aufgabe**)
 — Aufsicht 48 f., 152, 189 f., (s. auch **Staatsaufsicht**)
 — Ausgliederung 144, 164
 — Beamte 185 f.
 — Begriff 40 f., 49
 — Daseinsnotwendigkeit 48 f., 255
 — Dienstherrenfähigkeit s. dort
 — Entstehung 42 f., 174 ff.
 — im (nur) formellen Sinn 118, 144 ff., 179
 — im (formellen und) auch materiellen Sinn 118, 165 ff., 179
 — Mindestanforderungen 41 f.
 — mitgliedschaftliche Struktur 42, 108 ff.
 — Mitgliedskörperschaft 51 f.
 — Neuaufnahme 146, 164, 176 f.
 — Rechtspolitisches 146, 149, 167
 — Repräsentativkörperschaft 51 f.
 — Sekundärmerkmale 47 f.
 — Subventionierung 165 ff.
 — Staatshoheitsakt 42 ff.
 — Zwangsbefugnisse 47 f., 53 ff.
 — Zwangsbeiträge s. dort
 — Zwangsmitgliedschaft s. dort
Kommunale Spitzenverbände 47, 171 ff., 187 f.
Kraftfahrlehrerkammer 105
Krankenversicherung 106
Kreditinstitute 204
Kulturzweck des Staates 135 f.

- Landesversicherungsanstalt 106
 Landkrankenkasse 106
 Landkreisverband Bayern 107, 171 f.
 Landwirtschaftskammer 27, 105
 Legalität, legal 93 f.
 Legitimität, legitim 93 f.
 legitime öffentl. Aufgabe 65 ff., 92 ff.,
 96 f., 101, 233 (26)
 Leistungsverwaltung 135, 236
 Leitungsverbände 31 (58), 42 (6)
 Lotsenbrüderschaft 105, 130 (59)
 Lotsenkammer 105
 Luxemburg 34
- Machtzweck des Staates 130 f.
 Mitglieds Körperschaft 51 f.
 Mittelbare Staatsverwaltung s.
 Staatsverwaltung
 Monopole, staatliche 132 f., 140, 238 f.
- Nationalsozialismus 31 ff., 230, 248
 Notar 68, 201 (27)
 Notarkammer 105
- Oberschlesien 28 (34), 30
 öffentlich 72 ff., 81 ff.
 Öffentliche, das 74 ff., 80 ff.
 — materiell-werthafte Verständnis
 81 f.
 — soziologisch-faktisches Verständ-
 nis 84 f.
 öffentliche Aufgabe 66 ff., 90 f., 119 ff.,
 128
 öffentliche Gewalt 112 f., (s. auch
 Hoheitsgewalt)
 öffentliches Interesse 64 f., 96, 243,
 245 ff.
 Öffentlichkeit 74 f., 80 ff., 110
 Öffentlichkeitsarbeit 199 (11)
 öffentlich-rechtlicher Status s. Status
 Österreich 33 f.
 Organisationsgewalt, -hoheit 178, 182,
 194 f.
 Organisationszwang s. Zwangsmit-
 gliedschaft
 Ortskrankenkasse 106
- Parteien 72, 82
 Partikularinteressen s. Gruppen-
 interessen
 Patentanwaltskammer 105
 Personalkörperschaft 104 ff.
- Persönlichkeitsentfaltung, freie 60 ff.,
 96 ff., 210 ff.
 Persönlichkeitskern (-theorie) 98 f.,
 212 f., 215 (27)
 Pflichtzugehörigkeit 53 f., 259 f., (s.
 auch Zwangsmitgliedschaft)
 Polizei 200 (13), 201 (22)
 Presse 70 f., 82, 83 (89)
 privat 72 ff.
 Privatbeamtenkammer 34
 Privatinteressen 264
 publicus 73
- Rätesystem 29
 Rechte anderer 60, 63, 243
 Rechtsanwaltskammer 105
 Rechtsanwältin 280
 Rechtsaufsicht 152, 191
 Rechtsordnung 124
 Rechtspflege 199 (9)
 Rechtsstaat (sprinzip) 239, 269, 270 ff.
 Rechtszweck des Staates 130 f.
 Reichsarbeitererrat 29 f.
 Reichswirtschaftsrat 30
 Religionsgemeinschaften 72, 82, 104,
 111, 165, 167 (11, 12), 186 (113),
 190 (129), 238
 Rentenversicherung 106
 Repräsentativkörperschaft 51 f.
 Rundfunk(anstalten) 70, 82, 137, 163,
 167 (13), 204
- Saarland 32 f., 36 f.
 Schifferbetriebsverbände 105
 Schriftleiter 71
 Selbstverwaltung 46, 151 ff., 162 f.,
 166 (6, 8)
 Sittengesetz 60, 63
 Sondernverbände 106 f.
 Sozialdemokratische Partei 26, 28
 (31), 31
 Sozialstaat (sprinzip) 266 ff.
 Sozialversicherungsträger 106
 Sparkassen 204
 Spezialitätsgrundsatz 211
 Staat 76 f., 87 f., 109, 111 ff.
 staatlich 72 f., 87 f., 123 f.
 staatliche Aufgabe, Staatsaufgabe
 (allg.) 66, 90 f., 122, 123 ff., 127 ff.,
 196 ff., 232 ff., 278 ff.
 — bloße Staatsaufgabe 130, 135 f.
 — gewillkürte Staatsaufgabe s. bloße
 Staatsaufgabe

- Grenzen 128, 203 f., 235 ff., 278 ff.
- konkurrierende Staatsaufgabe s. bloße Staatsaufgabe
- nichtstaatliche Aufgabe 129, 156 f.
- spezifische Staatsaufgabe 130 f., 134 ff., 198 ff., 203
- staatsfremde Aufgabe 128, 203 f., 235 ff., 250
- vorstaatliche Aufgabe 154 f.
- wesentliche Staatsaufgabe s. spezifische Staatsaufgabe
- Staatsaufsicht 48 f., 152, 162 f., 186 ff.
- Staatsfunktionen 112 f., 124 ff.
- Staatsgewalt 124 f., (s. auch Hoheitsgewalt)
- Staatshoheitsakt 42 f., 194 ff.
- Staatsorganisationsrecht 194 f., 196 ff., 202 ff.
- Staatsverwaltung
 - mittelbare 46, 151 ff., 161 f., 189, 197 f., 200 f., 232 f.
 - unmittelbare 144 f., 147, 152 f., 198 f., 250
- Staatszweck 125 f., 130 f., 135 f., 198 f.
- Stabilisierungsfonds für Wein 164 (80)
- Standesaufsicht 50, 258
- Standesvertretung 50, 259 f., 271
- Ständestaat 150
- Status, öffentl.-rechtlicher 44 f., 84, 86 f., 108 ff., 167 ff., 194 ff., 202 ff., 221 ff.
- Steuerberaterkammer 105
- Steuerbevollmächtigtenkammer 105
- Stiftung des öffentl. Rechts 41
- Studentenschaft 280 (6)
- Subsidiaritätsprinzip 140, 236 ff.
- Subventionierung 165 ff.
- Teilnehmergemeinschaft 106
- Thesen 289 f.
- Tierärztekammer 105
- Übermaßverbot 238, 239 ff., 251 ff.
- Unfallversicherung 106
- Unternehmerschaft 285 f.
- Verbands-, Vereinigungsaufsicht 188 f.
- Vereinigungsbegriff 59, 216 f., 220, 225, 226 ff.
- Vereinigungsfreiheit (negativ u. positiv) 57 ff., 208 ff., 219 ff., 253 f.
- Verfassungsmäßige Ordnung 60 ff., 97 f., 216 f., 254 f.
- Verfassungsordnung 126 f.
- Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 240 (s. auch Übermaßverbot)
- Versicherungsanstalten 204
- Verwaltungsmonopol 225 (23), 242 (s. auch Monopol)
- Wahlen 68
- Waldgenossenschaft 107
- Wasser- und Bodenverband 107
- Weltanschauung 238
- Wesensgehalt 63, 100, 215
- Wirkungsbereich (eigener, übertrager) 159 f.
- Wirtschaftskammer 107
- Wirtschaftsprüferkammer 105
- Wirtschaftsräte 29, 30 (46)
- Wohlfahrtspflege 137
- Wohlfahrtsverbände 82
- Wohlfahrtszweck des Staates 135 f.
- Wohnungsbau 69, 129 (57)
- Zahnärztekammer 105
- Zivilschutz 148
- Zuchthausarbeit 29 (34)
- Zwangsbeitrag 37, 54, 256, 287
- Zwangsmitgliedschaft 53 ff., 57 ff., 60 f., 96 f., 193 f., 205 f., 208 ff., 219 ff., 226 ff., 241 f., 250 f.

Schriften zum Öffentlichen Recht

- 1 **Gesetz und gesetzgebende Gewalt.** Von E.-W. Böckenförde. 360 S. 1958. vergr.
- 2 **Die Freiheit des Gewissens.** Von H. J. Scholler. 239 S. 1958. DM 24,60.
- 3 **Zum Problem der völkerrechtlichen Anerkennung der beiden deutschen Regierungen.** Von W. Frhr. Marschall von Bieberstein. 232 S. 1959. DM 28,—.
- 4 **Der Begriff des öffentlichen Dienstes und seiner Angehörigen.** Von G. Pfennig. 86 S. 1960. DM 12,60.
- 5 **Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes.** Von M. Goessl. 245 S. 1961. DM 32,60.
- 6 **Die Rechtsstellung der Richter am Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften.** Von H.-U. Bächle. 149 S. 1961. DM 22,40.
- 7 **Staatsukzession und Staatsservituten.** Von L. Herbst. 204 S. 1962. DM 28,60.
- 8 **Allgemeiner Rechtssatz und Einzelakt.** Von D. Volkmar. 273 S. 1962. DM 33,60.
- 9 **Bundesrat und Bundesaufsicht.** Von G. Dux. 149 S. 1963. DM 19,80.
- 10 **Die Öffentliche Anstalt.** Von H. Jecht. 144 S. 1963. DM 19,60.
- 11 **Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen.** Von E. Schumann. 380 S. 1963. DM 48,60.
- 12 **Maßnahmegesetz und Rechtsgesetz.** Von K. Huber. 182 S. 1963. DM 26,60.
- 13 **Über den Rechtsschutz bei anwaltlichen Zulassungsstreitigkeiten.** Von K. H. Finkelnburg. 114 S. 1964. DM 16,80.
- 14 **Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung.** Von W.-D. Eckardt. 81 S. 1964. DM 12,60.
- 15 **Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes.** Von G. Abel. 97 S. 1964. DM 14,80.
- 16 **Wahlabsprachen politischer Parteien und ihre rechtlichen Grenzen.** Von Ch. Peter. 181 S. 1964. DM 24,80.
- 17 **Widerstand und Revolution.** Von K. F. Bertram. 121 S. 1964. DM 16,60.
- 18 **Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung.** Von E.-W. Böckenförde. 348 S. 1964. vergr.
- 19 **Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte.** Von E. v. Hippel. 63 S. 1965. DM 9,80.
- 20 **Der Bundesstaat und seine Unantastbarkeit.** Von J. Harbich. 174 S. 1965. DM 26,60.
- 21 **Korporation und Assoziation.** Von F. Müller. 370 S. 1965. DM 48,60.
- 22 **Freiheitsrechte und Arbeitsverfassung.** Von D. Conrad. 184 S. 1965. DM 27,60.
- 23 **Amtshaftung und Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff.** Von M. Heidenhain. 194 S. 1965. DM 26,60.
- 24 **Grundrechte als Institution.** Von N. Luhmann. 223 S. 1965. DM 32,60.
- 25 **Probleme der abstrakten Normenkontrolle.** Von G. Babel. 96 S. 1965. DM 14,60.
- 26 **Das Problem der Einheit der Völkerrechtsgemeinschaft und die Organisation der internationalen Sicherheit.** Von H. H. Mahnke. 250 S. 1965. DM 36,—.
- 27 **Die Grundlagen eines Friedensvertrages mit Deutschland.** Von D. Blumenwitz. 208 S. 1966. DM 32,60.
- 28 **Gleichheit und Artgleichheit.** Von W. Hill. 309 S. 1966. DM 48,60.
- 29 **Der schlichte Parlamentsbeschluß.** Von K. A. Sellmann. 150 S. 1966. DM 24,80.
- 30 **Parteifinanzierung und Grundgesetz.** Von H. Plate. 139 S. 1966. DM 22,60.
- 31 **Staatlichkeit und Überstaatlichkeit.** Von H. Steiger. 200 S. 1966. DM 29,60.
- 32 **Die Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts im System des Grundgesetzes.** Von H. Weber. 187 S. 1966. DM 28,60.

- 33 **Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze.** Von Chr. Böckenförde. 164 S. 1966. DM 26,60.
- 34 **Verfassungsgebung und verfassungsgebende Gewalt des Volkes.** Von U. Steiner. 244 S. 1966. DM 44,60.
- 35 **Das Beschwerderecht des Soldaten.** Von D. W. Oetting. 180 S. 1966. DM 28,60.
- 36 **Die Staatsform der Bundesrepublik Deutschland.** Von H. Schulz-Schaeffer. 204 S. 1966. DM 32,80.
- 37 **Parlamentarische Geschäftsordnungsautonomie und autonomes Parlamentsrecht.** Von K. F. Arndt. 188 S. 1966. DM 32,60.
- 38 **Die Option der Staatsangehörigkeit.** Von K. M. Meessen. 123 S. 1966. DM 19,80.
- 39 **Öffentliche Sachherrschaft und öffentliche Sachwahrung.** Von H. Hardinghaus. 168 S. 1966. DM 26,80.
- 40 **Die Grenzen des Opportunitätsprinzips im heutigen deutschen Polizeirecht.** Von H. P. Schmatz. 227 S. 1966. DM 38,60.
- 41 **Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation.** Von M. Kriele. 334 S. 1967. DM 48,—.
- 42 **Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung.** Von H. Jäckel. 152 S. 1967. DM 26,60.
- 43 **Die auswärtige Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949.** Von G. H. Reichel. 288 S. 1967. DM 44,80.
- 44 **Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft.** Von W. Rüfner. 460 S. 1967. DM 62,—.
- 45 **Leistungsstörungen verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse.** Von L. Simons. 213 S. 1967. DM 38,—.
- 46 **Die politische Treupflicht der Beamten und Soldaten und die Grundrechte der Kommunikation.** Von R. Böttcher. 179 S. 1967. DM 33,60.
- 47 **Das Ermessen der Verwaltungsbehörden in Frankreich.** Von R. Hoffmann. 175 S. 1967. DM 32,60.
- 48 **Der Erlaß von Rechts- und Verwaltungsverordnungen durch den Bundespräsidenten.** Von G. Huwar. 178 S. 1967. DM 32,60.
- 49 **Der Mißbrauch von Grundrechten.** Von H.-U. Gallwas. 193 S. 1967. DM 36,60.
- 50 **Das amerikanische Administrative Law.** Von R. A. Riegert. 165 S. 1967. DM 32,60.
- 51 **Chancengleichheit der Parteien.** Von H.-Chr. Jülich. 164 S. 1967. DM 33,60.
- 52 **Das Wesen und die Entwicklung der gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen.** Von R. Scholz. 286 S. 1967. DM 49,60.
- 53 **Der Verfassungsbegriff in der deutschen Staatslehre der Aufklärung und des Historismus.** Von E. Schmidt-Aßmann. 211 S. 1967. DM 36,60.
- 54 **Der vorläufige Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte.** Von W. Wieseler. 278 S. 1967. DM 48,60.
- 55 **Gesetz und Verordnung in Frankreich seit 1789.** Von Chr. A. L. Rasenack. 282 S. 1967. DM 48,60.
- 56 **Werbefernsehen und Öffentliches Recht.** Von W. Leisner. 266 S. 1967. DM 39,80.
- 57 **Verwaltungsabkommen zwischen Bund und Ländern in der Bundesrepublik Deutschland.** Von R. Grawert. 376 S. 1967. DM 59,60.
- 58 **Die Geltendmachung von Geldforderungen im Verwaltungsrecht.** Von B. Löwenberg. 136 S. 1967. DM 24,60.
- 59 **Bundesgesetzliche Organisation landesunmittelbarer Selbstverwaltungskörperschaften.** Von F. Höhrmann. 201 S. 1967. DM 29,80.
- 60 **Die Rundfunkanstalten der Länder und des Bundes.** Von K. P. Jank. 127 S. 1967. DM 24,60.
- 61 **Wehrhoheit und auswärtige Gewalt.** Von M. Sachau. 238 S. 1967. DM 38,60.
- 62 **Die Bedürfniskompetenz.** Von M. Gruson. 132 S. 1967. DM 24,60.

- 63 **Die Stellung der Deutschen Bundesbank im Verfassungsgefüge.** Von C.-Th. Samm. 241 S. 1967. DM 43,60.
- 64 **Der parlamentarische Hilfsdienst in den Vereinigten Staaten von Amerika und in der Bundesrepublik Deutschland.** Von J. Odewald. 165 S. 1967. DM 26,60.
- 65 **Prüfung formeller Gesetze im Bereich der Exekutive.** Von D. Kabisch. 216 S. 1967. DM 38,60.
- 66 **Der Bereich der Regierung.** Von G. Kassimatis. 260 S. 1967. DM 48,—.
- 67 **Die Rechtsstellung der wissenschaftlichen Bibliotheken.** Von A. Nitze. 172 S. 1967. DM 29,60.
- 68 **Das faktische Dienstverhältnis.** Von E. Brückner. 170 S. 1968. DM 28,60.
- 69 **Die „Information“ als Interpretationsgrundlage für die subjektiven öffentlichen Rechte des Art. 5 Abs. 1 GG.** Von H. Windsheimer. 196 S. 1968. DM 33,60.
- 70 **Kulturhoheit und Auswärtige Gewalt.** Von Ch. Hirsch. 198 S. 1968. DM 36,60.
- 71 **Der Folgenbeseitigungsanspruch.** Von Th. Rösslein. 106 S. 1968. DM 18,60.
- 72 **Kindesgrundrechte und elterliche Gewalt.** Von D. Reuter. 253 S. 1968. DM 44,60.
- 73 **Innere Geistesfreiheit und suggestive Beeinflussung.** Von H. Faber. 234 S. 1968. DM 43,60.
- 74 **Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden.** Von J. Schmidt-Salzer. 103 S. 1968. DM 18,60.
- 75 **Die Bindung des Gesetzgebers an das Grundrecht des Art. 2 I GG bei der Verwirklichung einer „verfassungsmäßigen Ordnung“.** Von E. Hesse. 137 S. 1968. DM 22,60.
- 76 **Hinkende Rechtsverhältnisse im internationalen Familienrecht.** Von K. Dorenberg. 210 S. 1968. DM 38,60.
- 77 **Das Honnefer Modell.** Von G. Stephany. 126 S. 1968. DM 22,60.
- 78 **Die Ausfertigung der Bundesgesetze.** Von K. Rode. 106 S. 1968. DM 22,60.
- 79 **Wesen und Rechtsnatur der parlamentarischen Fraktionen.** Von W.-D. Hauenschild. 218 S. 1968. DM 39,60.
- 80 **Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht.** Von J. Isensee. 340 S. 1968. DM 58,—.
- 81 **Informationsfreiheit und politische Filmkontrolle.** Von W. Wohland. 270 S. 1968. DM 48,60.
- 82 **Normbereiche von Einzelgrundrechten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.** Von F. Müller. 34 S. 1968. DM 6,60.
- 83 **Die Selbstbindung der Verwaltung.** Von M. Wallerath. 147 S. 1968. DM 26,60.
- 84 **Die Unverletzlichkeit der Wohnung.** Von M. Gentz. 188 S. 1968. DM 33,60.
- 85 **Das Zugangsrecht der Westmächte auf dem Luftwege nach Berlin.** Von H. G. Ruge. 124 S. 1968. DM 28,—.
- 86 **Parteilpolitische Betätigung der Richter.** Von Ch. Niethammer-Vonberg. 164 S. 1969. DM 29,60.
- 87 **Grenzen amtlicher und dienstlicher Weisungen im öffentlichen Dienst.** Von A. Risken. 215 S. 1969. DM 39,80.
- 88 **Grundrechte und Sozialordnung.** Von H. Schambeck. 140 S. 1969. DM 26,60.
- 89 **Repräsentation und Organschaft.** Von H. Pollmann. 162 S. 1969. DM 29,80.
- 90 **Streik und Staatsnotstand.** Von V. H. Lohse. 308 S. 1969. DM 56,—.
- 91 **Der baurechtliche Nachbarschutz.** Von F. H. Timmermann. 272 S. 1969. DM 48,60.
- 92 **Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und die besonderen Gewaltverhältnisse.** Von A. Podlech. 183 S. 1969. DM 33,60.
- 93 **Meinungsfreiheit und verfassungsmäßige Ordnung.** Von H. K. Voss. 203 S. 1969. DM 39,60.

- 94 **Die Auswahl der Richter in der englischen und amerikanischen Rechtspraxis.** Von U. Kayser. 339 S. 1969. DM 56,—.
- 95 **Die Befehls- und Kommandogewalt.** Von M. Erhardt. 128 S. 1969. DM 24,—.
- 96 **Der demokratische Bundesstaat.** Von W. Hempel. 325 S. 1969. DM 54,60.
- 97 **Die Geschäftsregierung nach dem Grundgesetz.** Von R. Lutz. 88 S. 1969. DM 18,60.
- 98 **Das Widerstandsrecht.** Von G. Scheidle. 163 S. 1969. DM 29,60.
- 99 **Zur Praxis und Theorie der richterlichen Bindung an das Gesetz im gewaltenteilenden Staat.** Von T. Vogel. 108 S. 1969. DM 19,60.
- 100 **Die Positivität der Grundrechte.** Von F. Müller. 106 S. 1969. DM 19,80.
- 101 **Das Widerspruchsverfahren der VWGO als Verwaltungsverfahren und Prozeßvoraussetzung.** Von A. v. Mutius. 262 S. 1969. DM 46,—.
- 102 **Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik.** Von F. Müller. 161 S. 1969. DM 29,60.
- 103 **Verbindlichkeit der Bundesgrundrechte bei der Anwendung von Gemeinschaftsrecht durch deutsche Staatsorgane.** Von G. Gorny. 197 S. 1969. DM 36,60.
- 104 **Die Bestimmungen über die Wahl der Bundesverfassungsrichter als Verfassungsproblem.** Von J. F. v. Eichborn. 91 S. 1969. DM 17,60.
- 105 **Gerichtsschutz gegen Prüfungsbewertungen.** Von H. Hummel. 119 S. 1969. DM 24,60.
- 106 **Landesrecht vor Bundesgerichten im Bundesstaat des Grundgesetzes.** Von H.-H. Klumpp. 202 S. 1969. DM 39,60.
- 107 **Der Abwehranspruch gegen rechtswidrige hoheitliche Realakte.** Von M. Hoffmann. 108 S. 1969. DM 19,80.
- 108 **Die Dritte Gewalt als politischer Faktor.** Von K. Hopt. 240 S. 1969. DM 44,60.
- 109 **Technisches Sicherheitsrecht.** Von H. P. Plischka. XXI, 252 S. 1969. DM 49,60.
- 110 **Die kurzfristige polizeiliche Freiheitsentziehung.** Von J. Koschwitz. 278 S. 1969. DM 49,60.
- 111 **Erwerbsschutz durch Aufopferungsentschädigung.** Von U. Battis. 128 S. 1969. DM 24,—.
- 112 **Künstlerische Urteile im Rahmen der staatlichen Förderungstätigkeit.** Von H. Graul. 161 S. 1970. DM 39,60.
- 113 **Übertragener Wirkungskreis, Auftragsangelegenheiten und Pflichtaufgaben nach Weisung.** Von H.-H. Dehmel. 164 S. 1970. DM 29,80.
- 114 **Das entscheidungserhebliche Gesetz.** Von H. Brinckmann. 208 S. 1970. DM 39,60.
- 115 **Konzentrationsbestrebungen der deutschen Landesrundfunkanstalten in verfassungsrechtlicher Sicht.** Von K.-J. Schneider. 116 S. 1970. DM 22,60.
- 116 **Die Frage der Haftung bei fehlerhafter Ausführung von Bundesgesetzen durch die Länder.** Von D. Jeddeloh. 141 S. 1970. DM 28,60.
- 117 **Wirtschaftslenkung im Notstand.** Von E. Schürmann. 274 S. 1970. DM 48,60.
- 118 **Die politischen Vereinigungen.** Von C. Gastroph. 193 S. 1970. DM 36,60.
- 119 **Der Inhalt des Freizügigkeitsrechts.** Von D. Merten. 137 S. 1970. DM 25,60.
- 120 **Öffentlich-rechtliche dingliche Rechte und dingliche öffentliche Lasten.** Von J. F. Bartels. 170 S. 1970. DM 29,60.
- 121 **Der Begriff der „Allgemeinen Gesetze“ in Art. 5 Absatz 2 des Grundgesetzes.** Von E. Schwark. 156 S. 1970. DM 29,60.
- 122 **Das Widerstandsrecht des Grundgesetzes.** Von K. F. Bertram. 107 S. 1970. DM 19,60.

- 123 **Begriff und Kriterien der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge.** Von A. Bleckmann. 333 S. 1970. DM 58,60.
- 124 **Staatsleistungen an die Kirchen und ihre Ablösung.** Von H.-J. Brauns. 148 S. 1970. DM 29,60.
- 125 **Eigentum und öffentliches Interesse.** Von H. Schulte. 321 S. 1970. DM 48,—.
- 126 **Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte.** Von H.-U. Gallwas. 180 S. 1970. DM 36,60.
- 127 **Die freien Berufe im Rechtsstaat.** Von E. Fleischmann. 180 S. 1970. DM 38,60.
- 128 **Die bürgerschaftliche Selbstverwaltung unter den Notwendigkeiten des egalitären Sozialstaats.** Von P. H. Krämer. 167 S. 1970. DM 29,80.
- 129 **Der Erstattungsanspruch.** Von E. Weber. 154 S. 1970. DM 29,60.
- 130 **Wahlprüfung und subjektiver Wahlrechtsschutz.** Von B.-D. Olschewski. 189 S. 1970. DM 36,—.
- 131 **Gemeinschaftsaufgaben von Bund und Ländern in verfassungsrechtlicher Sicht.** Von B. Tiemann. 349 S. 1970. DM 65,60.
- 132 **Die demokratische Versammlung.** Von M. Quilisch. 250 S. 1970. DM 48,—.
- 133 **Zulässigkeit und Grenzen von nachträglichen Eingriffen des Gesetzgebers in laufende Verträge.** Von M. Klußmann. 146 S. 1970. DM 29,60.
- 134 **Die verfassungsrechtliche Stellung der Bundeswehrverwaltung.** Von H. Schulte. 231 S. 1970. DM 48,—.
- 135 **„Gesetz“ im Staatsrecht und in der Staatslehre des NS.** Von D. Kirschenmann. 143 S. 1970. DM 33,60.
- 136 **Die Forderungsverletzung im öffentlichen Recht.** Von H.-J. Papier. 174 S. 1970. DM 33,60.
- 137 **Tarifhoheit und Verfassungsrecht.** Von M. O. Hinz. 184 S. 1970. DM 38,60.
- 138 **Die Zweispurigkeit des öffentlichen Dienstes.** Von J. Jung. 224 S. 1971. DM 44,60.
- 139 **Politische Vereinigungen unter dem Grundgesetz.** Von W. Piepenstock. 153 S. 1971. DM 29,60.
- 140 **Meinungsfreiheit und unternehmensschädigende Äußerungen.** Von K. v. Köller. XXII, 324 S. 1971. DM 66,60.
- 141 **Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz.** Von R. Scholz. 206 S. 1971. DM 39,60.
- 142 **Der Zwischenausschuß nach dem Grundgesetz und der Bayerischen Verfassung.** Von D. Klemm. 152 S. 1971. DM 29,60.
- 143 **Der Prozeßvergleich in den verwaltungsgerichtlichen Verfahrensarten.** Von J. Schröder. 222 S. 1971. DM 44,60.
- 144 **Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes.** Von A. Podlech. 315 S. 1971. DM 59,60.
- 145 **Die Presse als soziale und verfassungsrechtliche Institution.** Von D. Stammler. 374 S. 1971. DM 68,60.
- 146 **Die Rechtsbehelfe im Verwaltungsvollstreckungsverfahren.** Von H.-D. Traulsen. 256 S. 1971. DM 48,60.
- 147 **Der Erlaß von Berufsordnungen durch die Kammern der freien Berufe.** Von A. Brandstetter. 193 S. 1971. DM 38,—.
- 148 **Nachfolge in öffentlich-rechtliche Positionen des Bürgers.** Von K. Otto. 148 S. 1971. DM 29,60.
- 149 **Die Bestandskraft von Verträgen zwischen Bund und Ländern.** Von E. Bauer. 151 S. 1971. DM 29,60.
- 150 **Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private.** Von M. Krautzberger. 141 S. 1971. DM 29,80.
- 151 **Die Änderung gesetzlicher Regelungen durch einfache Rechtsverordnungen.** Von H. Sinn. 89 S. 1971. DM 18,60.

- 152 Das Öffentliche als verfassungstheoretisches Problem. Von A. Rinken. 396 S. 1971. DM 66,60.
- 153 Öffentlichkeitspflicht der Exekutive und Informationsrecht der Presse. Von H. U. Jerschke. 270 S. 1971. DM 48,60.
- 154 Bundesverfassungsgericht und „offene“ Normen. Von R. Geitmann. IV, 221 S. 1971. DM 48,60.
- 155 Die Kandidatenaufstellung und das Verhältnis des Kandidaten zu seiner Partei in Deutschland und Frankreich. Von H.-J. Schröder. 198 S. 1971. DM 39,80.
- 156 Der Freiheitssatz des Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz. Von H. Schulz-Schaeffer. 110 S. 1971. DM 22,60.
- 157 Öffentlich-rechtliche Willenserklärungen von Privatpersonen. Von D. Middel. 207 S. 1971. DM 39,60.
- 158 Die gesetzeskräftige Feststellung einer allgemeinen Regel des Völkerrechts durch das Bundesverfassungsgericht. Von R. Wenig. 118 S. 1971. DM 28,60.
- 159 Die Gegenzeichnung im parlamentarischen Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland. Von H. Biehl. 140 S. 1971. DM 28,60.
- 160 Gesetz und Verordnung in der Verfassung der 5. französischen Republik vom 4. Oktober 1958. Von R. Klisch. 233 S. 1971. DM 48,60.
- 161 Das Sittengesetz als Schranke der Grundrechte. Von G. Erbel. 407 S. 1971. DM 78,—.
- 162 Auslegung der Grundrechte durch einfaches Gesetzesrecht? Von O. Majewski. 126 S. 1971. DM 28,—.
- 163 Die Polizeipflicht von Hoheltsträgern. Von W. Wagner. 180 S. 1971. DM 33,60.
- 164 Rechtsnachfolge in sozialrechtliche Ansprüche. Von H. Bültmann. 153 S. 1971. DM 32,60.
- 165 Der Grundsatz des gemeindefreundlichen Verhaltens. Von L. Macher. 291 S. 1971. DM 58,60.
- 166 Rechtsschutz gegen Rechtsnormen. Von O. R. Baron von Engelhardt. 310 S. 1971. DM 59,60.
- 167 Die Öffentlichen Anhörungen („Hearings“) des Deutschen Bundestages. Von F. W. Appoldt. 132 S. 1971. DM 26,60.
- 168 Die Anhörung des Europäischen Parlaments im Rechtsetzungsverfahren der EWG. Von A. Schaub. 184 S. 1971. DM 38,60.
- 169 Die Notenausgabe der Deutschen Bundesbank. Von G. Pfennig. 80 S. 1971. DM 16,80.
- 170 Stellvertretung im Verfassungsrecht. Von R. Wahl. 288 S. 1971. DM 56,60.
- 171 Probleme der konkreten Normenkontrolle. Von Y. Huh. 220 S. 1971. DM 48,—.
- 172 Verbände im Rechtsetzungsverfahren. Von M. G. Ammermüller. 96 S. 1971. DM 19,80.
- 173 Grenzen der Gerichtsbarkeit im sozialen Rechtsstaat. Von G. Oetli. 98 S. 1971. DM 22,60.
- 174 Auswärtige Gewalt und Gewaltenteilung. Von S. Weiß. 253 S. 1971. DM 56,60.
- 175 Stellung, Funktion und verfassungsrechtliche Problematik der Independent Regulatory Commissions in den Vereinigten Staaten von Amerika. Von G. Albert. 232 S. 1971. DM 48,60.
- 176 Die legislative Finanzkontrolle in der Bundesrepublik Deutschland und in den Vereinigten Staaten von Amerika. Von S. E. Pelny. 162 S. 1972. DM 28,60.
- 177 Der Europäische Gerichtshof und die allgemeinen Rechtsgrundsätze. Von H. Leche-ler. 215 S. 1972. DM 48,60.
- 178 Die „dissenting opinion“ in der Verwaltung. Von I. Berggreen. 332 S. 1972. DM 64,—.
- 179 Staat und Unterricht. Von F. Hennecke. 218 S. 1972. DM 44,60.
- 180 Der Rechtsstatus der Kirchen und Religionsgemeinschaften im Bereich ihrer eigenen Angelegenheiten. Von J. Jurina. 178 S. 1972. DM 38,60.

- 181 Die staatsrechtliche und staatsrechtliche Stellung des Bundesverfassungsgerichts. Von R. Dolzer. 129 S. 1972. DM 26,60.
- 182 Recht und Kontrollfunktion der Großen, Kleinen und Mündlichen Anfragen im Deutschen Bundestag. Von G. Witte-Wegmann. 211 S. 1972. DM 38,60.
- 183 Die Verfassungsbeschwerde gegen Urteile bei gesetzgeberischem Unterlassen. Von F. Jülicher. 128 S. 1972. DM 29,60.
- 184 Das Recht des Bürgers auf behördliche Auskunft. Von K. Krieger. 232 S. 1972. DM 48,60.
- 185 Das Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes in der Praxis der Rechtsprechung. Von W. Schreiber. 209 S. 1972. DM 39,60.
- 186 Rechtsformen der Wirtschaftslenkung als Mittel der französischen Planifikation. Von R. Geiger. 185 S. 1972. DM 39,60.
- 187 Vorwahlen. Von E. Kölsch. 166 S. 1972. DM 38,60.
- 188 Beweis und Gewissen. Von M. Klein. 92 S. 1972. DM 19,80.
- 189 Die politischen Rechte der Ausländer in der Bundesrepublik. Von K. P. Dolde. 238 S. 1972. DM 48,60.
- 190 Bund und Gemeinden. Von H. Niemeier. 189 S. 1972. DM 39,80.
- 191 Schutz gegen Willkür bei der Vergabe von Forschungs- und Entwicklungsaufträgen. Von K. W. Grewlich. 115 S. 1972. DM 24,60.
- 192 Schüler als Amtshelfer. Von R. Stober. 223 S. 1972. DM 39,60.
- 193 Arbeitskampf und Notstand aus der Sicht des Art. 9 Abs. 3 S. 3 GG. Von H. D. Schmid. 113 S. 1972. DM 24,60.
- 194 Verfassungsumsturz oder Rechtskontinuität? Von M. Kirn. 298 S. 1972. DM 59,60.
- 195 Die Haftung im Postbetrieb. Von E. Loh. 129 S. 1972. DM 24,60.
- 196 Sozialbindung des Eigentums. Von W. Leisner. 245 S. 1972. DM 56,—.
- 197 Der Bundespräsident als Träger der auswärtigen Gewalt. Von D. Seidel. 254 S. 1972. DM 56,60.
- 198 Rechtlicher Einfluß von Wirtschaftsgruppen auf die Staatsgestaltung. Von D. Völkel. 194 S. 1972. DM 44,60.
- 199 Die Zweckmäßigkeit der Ermessensübung als verwaltungsrechtliches Rechtsprinzip. Von H. Lohmann. 119 S. 1972. DM 26,60.
- 200 Preisgabe und Ersatz des enteignungsrechtlichen Finalitätsmerkmals. Von V. Gronefeld. 168 S. 1972. DM 39,60.
- 201 Die Stellung der Rechnungshöfe in der Bundesrepublik Deutschland. Von K. Grupp. 177 S. 1972. DM 38,—.
- 202 Qualifizierte Mitbestimmung und Verfassungsrecht. Von P. Pernthaler. 267 S. 1972. DM 56,—.
- 203 Die Zumessung der Disziplinarmaßnahmen. Von O. Fliegener. 272 S. 1972. DM 52,60.
- 204 Die Grenze des Staatsgebietes im Raum. Von M. A. Dausen. 141 S. 1972. DM 33,60.
- 205 Der allgemeine Gleichheitssatz als Schranke für den Subventionsetzgeber unter besonderer Berücksichtigung von wirtschaftspolitischen Differenzierungszielen. Von H. Kreussler. 127 S. 1972. DM 28,60.
- 206 Rechtspraxis der Subventionierung. Von G. Schetting. XX, 349 S. 1973. DM 69,—.
- 207 Organisatorische Grundlagen des parlamentarischen Regierungssystems. Von H. Steiger. 353 S. 1973. DM 66,60.
- 208 Die parlamentarische Interpellation. Von S. Morscher. 484 S. 1973. DM 88,60.

D U N C K E R & H U M B L O T / B E R L I N

